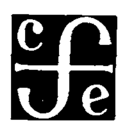
HERMANN HELLER

LA SOBERANÍA

Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional

Presentación de
MÁXIMO CARVAJAL CONTRERAS Y MIGUEL DE LA MADRID H.

Traducción y estudio preliminar de
MARIO DE LA CUEVA

LA FUNDACIÓN, ESCUELA NACIONAL
DE JURISPRUDENCIA, A. C.

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

Primera edición (UNAM), 1965
Segunda edición (UNAM y FCE), 1995

Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14200 México, D. F.

ISBN 968-16-4741-6

Impreso en México

PRESENTACIÓN

El concepto de soberanía es fundamental en el estudio de la teoría del Estado y del derecho. Todas las constituciones que rigen los países actuales lo consignan en forma expresa, así como las cartas y documentos más importantes de las organizaciones internacionales. Es un principio vigente, pese a los intereses y argumentos que, de tiempo en tiempo, se levantan en su contra. Hay quienes piensan que la soberanía ha caducado como concepto y como realidad, debido a los cambios tan repentinos y espectaculares que han ocurrido recientemente en la escena mundial. Estas mutaciones registran, al mismo tiempo, la disgregación de imperios como el de la URSS; la integración regional de Estados, como en la Comunidad Económica Europea; la aparición de confederaciones alrededor de la nueva Rusia, y la creación de la Comunidad de Estados Independientes; el desmembramiento de Estados nacionales, como en el caso de Yugoslavia; la reunificación de países que alguna vez estuvieron divididos, como Alemania, e incluso el intento de reforzar las autonomías regionales dentro de las entidades nacionales, como ha sucedido con España y Canadá. El innegable proceso de globalización, que abarca prácticamente todos los aspectos de la vida social, ha incrementado la interdependencia de los Estados y está exigiendo un nuevo análisis de los conceptos clásicos del derecho y de la ciencia política.

Sin embargo, los fenómenos que han acontecido y que llaman la atención de tratadistas y políticos no representan la caducidad o la extinción del poder soberano de los Estados-nación, que aún son la unidad básica de la organización política contemporánea. El concepto de soberanía ha sido objeto de nuevos cuestionamientos; de ahí que, para replantear algunas ideas, sea necesario el aporte reflexivo de los estudiosos en la materia.

Conscientes de lo anterior, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Fondo de Cultura Económica han decidido unir sus voluntades para reeditar el excelente libro de Hermann Heller que trata acerca del asunto, cuya ausencia

en los medios académicos, desde que se agotó la edición que en 1995 llevó a cabo la UNAM, ha privado a los interesados en estas cuestiones de un libro clásico para la comprensión de este concepto.

La trascendencia de la obra de Heller, que ha hecho que su *Teoría del Estado* haya sido reimpresa por el propio Fondo de Cultura Económica en más de 14 ocasiones, es prueba irrefutable del valor científico que encierran las ideas del ilustre tratadista.

Por lo anterior, hoy presentamos esta nueva edición tomada de la de 1965, que además contiene un importante estudio preliminar del gran maestro don Mario de la Cueva, a quien la comunidad jurídica nacional profesa un permanente respeto.

MÁXIMO CARVAJAL CONTRERAS
Director de la Facultad
de Derecho de la UNAM

MIGUEL DE LA MADRID H.
Director del Fondo
de Cultura Económica

El libro del profesor Hermann Heller: *La soberanía, contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, tuvo y conserva un indudable carácter polémico. Publicado en el año de 1927, sirvió para completar la crítica de la ya para entonces quebrantada *Filosofía neo-kantianista*, de la disciplina conocida con el nombre de *Teoría general del estado*, representada por Gerber, Laband, Rehm y Jellinek, entre otros distinguidos maestros y, especialmente, de su última manifestación, la llamada *Teoría pura del derecho*, cuyo creador y más brillante expositor es el jefe de la *Escuela vienesa* Hans Kelsen. En cierta medida, si bien desde ángulos filosóficos, políticos y sociales a veces distintos, el libro que comentamos continuó los propósitos de otra obra clásica en contra de las tendencias del *Neo-kantianismo* y de la *Teoría pura del derecho*; nos referimos al ensayo de Erich Kaufmann: *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (*Crítica de la filosofía neo-kantiana del derecho*), ensayo que apareció en la editorial tubinguense J. C. B. Mohr, en el año de 1921.

Las páginas escritas por Heller llevan por título, venimos de decirlo, *La soberanía*, pero su contenido desborda largamente lo que parece haber sido el propósito inicial del autor: Heller se propuso, en primer término, hacer la crítica de las ideas que constituyen el fondo de la ya mencionada disciplina que floreció en el siglo XIX y en la primera parte del XX, con el nombre de *Teoría general del estado* y en particular, lo repetiremos por primera vez, de la *Teoría pura del derecho*, doctrina que juzga estéril, pues concluyó en una "teoría del estado y del derecho sin estado y sin derecho" [1] y en una "soberanía del derecho sin derecho". [2] Pero en el curso de la crítica se vio forzado a exponer su pensamiento sobre el derecho y el estado, un anticipo magnífico de su *Teoría del estado*, publicada en el año de 1933. Al mismo tiempo, replanteó el problema de la soberanía, tema central de su ensayo, con el propósito, que resalta en cada página, de poner de relieve que la idea de soberanía, por cuya efectividad luchan los hombres y los pueblos desde la Antigüedad, continúa siendo una exigencia

[1] Cap. X, párrafo primero.
[2] P. 78.

de las naciones de nuestros días y la mejor garantía de la libertad; es así que entre las dos guerras mundiales, Heller fue el paladín de la soberanía y de las libertades de los pueblos débiles. Los capítulos finales del libro analizan las relaciones entre la idea de la soberanía y los principios del derecho internacional y tienen por finalidad demostrar la unidad dialéctica en que se encuentran.

I

La historia de la soberanía es una de las más extraordinarias aventuras de la vida y del pensamiento del hombre y de los pueblos por conquistar su libertad y hacerse dueños de sus destinos.

Jorge Jellinek[3] la principia declarando que los griegos no conocieron la idea y que en su lugar colocaron la *autarquía* como característica de la polis. Pero calla, pues no es siquiera imaginable que ignorara los hechos, que las diversas polis de la Hélade lucharon una y otra vez por su independencia contra los persas y entre ellas mismas, antes de caer vencidas por el Imperio Romano. Pasa también por alto que el término *autarquía* lleva consigo la idea de independencia, ya que, *quien no es libre, no realiza el ideal de autosuficiencia* y tampoco puede decirse de él que *conduzca una vida perfecta, bella y feliz,* palabras todas éstas usadas por Aristóteles[4] en su definición de la polis. Finalmente, Jellinek parece olvidar que el autor de la *Ética nicomaquea,* al clasificar las formas de gobierno, adoptó como criterio *la titularidad del poder supremo,* esto es, la determinación de la persona o personas que constituían *la magistratura suprema entre todas*: el rey, la minoría gobernante o el pueblo. Lo que hay de exacto en la exposición de Jellinek es que el concepto de soberanía, tal como se concibe en nuestros días, no fue objeto de una consideración y de un análisis minuciosos por parte de los pensadores griegos; lo cierto es que los hechos precedieron a la idea y a su elaboración doctrinal.

El mismo Jellinek y la mayoría de los escritores que se ocupan

[3] *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), Hermann Gentner Verlag, 1959, pp. 455 y ss.

[4] Aristóteles: *Política,* traducción de Antonio Gómez Robledo, Ediciones de la Coordinación de Humanidades de la UNAM, México, 1963, pp. 82 y 83.

de la historia de la soberanía reproducen las pugnas entre los varios poderes que integraron la estructura política medieval: *la iglesia y el imperio, los reyes, particularmente el de Francia, y el papado y el imperio; y los reyes y los señores feudales.* Según los historiadores, de esas pugnas surgieron el estado moderno y la idea de la soberanía, esta última con sus dos dimensiones: *la externa,* que significa independencia delante de los poderes humanos distintos del pueblo o de su rey; y *la interna,* que quiere decir, unidad del poder público que se ejerce sobre los hombres en el interior del reino. Pero esos mismos escritores han descuidado la descripción de un segundo aspecto de la lucha por la independencia del poder temporal y por la libertad del hombre: esbozado apenas en la Edad Media, tuvo su primera explosión en el Renacimiento, cuando el pensamiento filosófico y científico proclamó su separación de la teología y cuando, y como una consecuencia ineludible, el pensamiento político declaró la potestad de la razón y de la conciencia humanas para liberarse del pretendido orden ético y jurídico divino y hacer al hombre dueño de sí mismo y de su destino. Los términos de los procesos son los siguientes: en el orden doctrinal, el dilema se planteó entre *la soberanía del orden jurídico creado por dios o la soberanía del derecho creado por los hombres;* y en el campo político, los dilemas fueron: *soberanía del poder espiritual en todos los aspectos de la vida humana y social o soberanía del poder temporal sobre todos los asuntos sociales; soberanía del emperador o soberanía de los pueblos y de los reyes;* finalmente, *soberanía de los reyes o soberanía de los señores feudales.* Ninguno de los dos procesos explica por sí solo la formación del estado moderno y de la idea de la soberanía; únicamente en la descripción de los dos y en el entendimiento de su relación dialéctica, puede encontrarse la explicación integral del fenómeno.

II

En el *Evangelio según San Lucas* (capítulo XXII, versículo 38) se habla de dos espadas. La teología medieval relacionó ese versículo con el que está contenido en el capítulo XX, versículo 25: "Dad a Dios lo que es de Dios y a César lo que el de César", y concluyó en la existencia de dos espadas o poderes: *espiritual y temporal.* Desde el siglo V, durante el papado de Gelasio I, la iglesia cató-

lica principió a afirmar la supremacía del poder espiritual y a preparar el advenimiento de *una teocracia universal cristiana,* regida desde la Silla de Pedro. A este fin, usó dos argumentos principales: primeramente, sostuvo que todas las cosas están destinadas por naturaleza a su perfeccionamiento y que el fin supremo del hombre es acercarse a dios; por lo tanto, y pues el poder temporal se refiere a las cosas de este mundo, resulta necesariamente inferior al espiritual, ya que el fin de éste es ayudar a los hombres en el camino hacia la vida eterna. El segundo argumento consistió en la declaración de la existencia de un orden ético y jurídico de origen divino, absolutamente bueno y justo, universal, inmutable y total; fue impuesto autoritariamente a los hombres, a los que no corresponde siquiera discutirlo, sino obedecerlo y cumplirlo puntualmente, so pena de hacer guerra a dios y lanzarse por el camino de la perdición eterna.

La *Patrística* y en forma especial San Agustín, perfeccionaron el sistema, pero, al mismo tiempo, abrieron el camino del poder temporal: según el Obispo de Hipona, el orden jurídico se compone de dos grados, el primero de los cuales, a su vez, puede analizarse desde dos puntos de vista, lo que da por resultado un orden jerárquico tripartito: el grado más alto está constituido por la *lex aeterna,* "que es la razón y la voluntad de dios", [5] la ley que rige todo lo existente conforme al plan divino. El grado segundo está formado por la *lex naturalis,* que es la participación de la razón humana en la ley de dios. Esta ley no es suficiente, porque el mundo social no es estático, ni es tampoco idéntico en todos los pueblos; de ahí la necesidad de la *lex temporalis,* que es la adaptación de la *lex naturalis* a las circunstancias particulares de tiempo y lugar. La *lex temporalis* no constituye un principio jurídico o ético nuevo, sino que posee un *ethos* prestado, que no le es propio, sino que pertenece a la *lex naturalis* y, al través de ella, a la *lex aeterna.*

La concepción medieval no pudo ser más grandiosa, ni mejor acabada la fundamentación de la idea de una teocracia universal cristiana. Mediante esta doctrina, el poder temporal y el hombre quedaron subordinados incondicionalmente a una voluntad extraña, la más temible de todas, por ser la voluntad divina, pues si bien

[5] *Contra Faustum,* XXII, 27: *Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas dei.*

es cierto que se proclamaba su infinita misericordia, también lo es que se amenazaba con un castigo eterno a quien no lo obedecía en todos sus detalles: *así se produjo la más completa enajenación del hombre que ha conocido la historia, acuñada en la fórmula clásica de los teólogos: fiat justitia, pereat mundus.*

La Alta Edad Media, sin embargo, no acuñó la palabra *soberanía,* pero no tuvo necesidad de ella, porque los términos: *derecho divino, derecho revelado y mandamientos de dios,* poseen una fuerza mayor. Ahora bien, si es cierto que el verdadero y único legislador, el originario y supremo, *el soberano* en la acepción más completa del término, aquel que impone autoritariamente el orden ético y jurídico, es una potencia suprahumana, para los hombres, lo que existe en la tierra sobre ellos es el derecho divino y natural y las normas que fluyen de él. Así se presentó, aun sin que se usasen las palabras, la idea de *la soberanía del orden jurídico.* Pero la Edad Media, y esta observación es fundamental para distinguir el pensamiento de entonces del de la *Escuela vienesa,* reconoció y postuló la supremacía incondicionada —léase soberanía— del orden jurídico, por ser éste un mandamiento de la divinidad, un haz de normas absolutamente buenas y justas, universales y eternas, e imposibles de perfeccionar; en cambio, Kelsen y sus discípulos, y hemos de volver sobre el tema, hablan de la soberanía de un orden normativo cualquiera, el impuesto por "un usurpador o por alguna especie de asamblea",[6] independientemente de su contenido, con cuya afirmación llegan a la legitimación de cualquier orden de poder efectivo.

Jellinek tiene razón cuando dice que "la soberanía nació en la Edad Media como un concepto político y polémico",[7] consecuencia de la lucha de los poderes por imponer su supremacía; pero, y esta observación no se ha señalado siempre con suficiente energía y claridad, *las luchas políticas entre la iglesia y el imperio y entre estas dos potencias universales y los reyes, nunca tuvieron por objeto independizar el poder temporal del derecho divino y*

[6] *Teoría general del derecho y del estado,* traducción de Eduardo García Máynez, México, 1949, p. 118. En su obra más reciente: *Reine Rechtslehre* (*Teoría pura del derecho*), Verlag Franz Deuticke, Viena, 1960, pp. 202 y ss., Kelsen habla de "la constitución puesta en vigor por una revolución que rompe el orden jurídico existente", solución que no cambia los términos del problema.

[7] Jorge Jellinek: *Obra citada,* pp. 435 y ss.

natural, sino, únicamente, separar los poderes espiritual y temporal: el imperio y los reyes se lanzaron por el túnel agustiniano, sosteniendo que el poder temporal era, dentro de su esfera de acción, independiente del poder espiritual, si bien y de conformidad con lo expuesto, sólo consistía en la potestad de dictar la ley humana, adecuando la *lex naturalis* a las condiciones de vida de los pueblos. La conquista era enorme, pues, en virtud de ella, el poder temporal se hizo el intérprete de las circunstancias de tiempo y lugar y el creador de las normas apropiadas para satisfacer las necesidades de los hombres y de los pueblos; era, además, el primer triunfo en el camino de la desenajenación del poder temporal y de los hombres.

Concomitante con los hechos relatados se produjo una segunda oposición, esta vez en el seno del poder temporal, maravillosamente escenificada en las obras de Dante y Juan Quidort; en *De monarquia*, el poeta de la *Divina comedia* sostuvo, con muchos argumentos, la necesidad del imperio, a fin de conservar la unidad del poder temporal y de la cristiandad, en tanto Juan de París defendió en su libro *De potestate regia et papali*, el derecho de su rey Felipe el Hermoso y del pueblo de Francia a determinar por sí mismos su destino. Paralelo a este proceso, pero íntimamente vinculado, se desarrolló una tercera pugna, que condujo a la unidad nacional y a la centralización del poder: la Edad Media vio nacer y florecer el feudalismo, que produjo la atomización del poder entre los reyes y los señores feudales. En el correr de los años, los duques, condes, barones y marqueses, se opusieron a los reyes y llegaron a afirmar que *cada barón era soberano en su baronía.* En Inglaterra, los señores feudales y la burguesía naciente lograron limitar las atribuciones del rey e integrar una forma mixta de organización política, mezcla de los principios monárquico y aristocrático, que condujo al sistema parlamentario, con una cámara de la burguesía y otra de la nobleza y el rey. En Francia, por lo contrario, el rey pudo imponerse a los señores feudales y cerrar las compuertas del absolutismo monárquico.

Así surgió, aun antes de formularse expresamente, *la idea moderna de la soberanía.* En los tres procesos se forjaron sus dimensiones: la externa, en la lucha de los poderes espiritual y temporal y en el combate del rey de Francia con el emperador; y la interna, en la lucha de los señores feudales y del rey para crear la unidad

nacional y del poder. Sin embargo, el poder temporal nacional y en el caso particular el del rey de Francia, que ya no recibiría ninguna orden, ni aceptaría la intervención de autoridad o potencia alguna, cualquiera que fuese su naturaleza, continuaba sometido incondicionalmente a la ley eterna y a la ley natural. Por lo tanto, los cambios políticos medievales no se refieren a la relación del hombre y el poder temporal con el orden divino y natural, sino a la relación con la ley humana, la cual sería expedida en el futuro por los reyes. La idea de la soberanía advino al mundo como una cualidad del poder temporal nacional, esto es, de un poder humano, un poder de la voluntad, que consiste en la potestad de analizar libremente las realidades sociales, interpretar el orden divino y natural y deducir las conclusiones contingentes para la vida diaria, o expresado en una fórmula lógica: *la función del poder temporal se movería dentro de un silogismo, cuya premisa mayor es el orden ético y jurídico divino y natural, la menor está constituida por las exigencias del reino y del poder, del pueblo y de los hombres y la conclusión es la lex temporalis.*

III

Cuando concluía la Edad Media, las comunidades políticas que sobrevivieron a las luchas de los poderes y a las que se continuó dando el nombre de *repúblicas*, poseían los caracteres fundamentales siguientes, la mayoría de los cuales se conservan hasta nuestros días: *a*) España, Francia e Inglaterra, entre otras repúblicas, tienen un marcado carácter nacional. *b*) En el interior de la república e independiente hacia el exterior, existe un poder supremo, absoluto y perpetuo, al que se atribuye la cualidad de la soberanía. *c*) Con excepción de algunas ciudades italianas, la forma política predominante es la monarquía, consecuencia del hecho de haber sido los reyes, particularmente el de Francia, los conductores de la lucha contra el poder espiritual, el imperio y los señores feudales. *d*) El poder público está centralizado, lo que a su vez es el efecto de la victoria de los reyes sobre el feudalismo. *e*) Las funciones del poder temporal se limitan a la expedición de la ley humana y a la vigilancia y ejecución del orden jurídico divino y natural. *f*) Consecuentemente, la nación y los hombres

carecen de una moral y de un derecho propios, esto es, no son autores, sino ejecutores de un *deber ser* que les envuelve dentro de la bóveda celeste.

En el siglo XVI, como un efecto y un factor del *Iluminismo renacentista* se iniciará y consumará parcialmente una transformación colosal en los hechos y en las ideas, pues en esa época principió lo que creemos puede denominarse: *la batalla del poder temporal y de los hombres contra el orden ético y jurídico divino que les tenía enajenados y por la conquista de la soberanía para el poder temporal y para el hombre, a fin de hacer posible la creación de un orden terrestre y humano, en el que cupieran todos los hombres y todos los credos.* Tres corrientes principales harán oír sus voces en esta batalla por la desenajenación del poder y del hombre: Juan Bodino, autor de *Les six livres de la république* y del célebre coloquio sobre la religión que lleva por título *Heptaplomeres;* Nicolás Maquiavelo, autor de ese pequeño y grande libro que se denomina *El príncipe,* de *Los discursos sobre Tito Livio* y de *Las historias florentinas;* y *la nueva idea del derecho natural laico,* cuyos principales partidarios fueron: Fernando Vázquez de Menchaca, Juan Althusio y Hugo Grocio.

1. Bodino, cuya obra política fundamental, *Les six livres de la république,* se publicó en 1576, a pesar de lo que generalmente se cree, vivió sumergido en las aguas medievales. Es no obstante indudable que supo escribir la teoría del estado moderno, así como también que su mérito primero, y en verdad bien grande, fue haber ofrecido las primeras definiciones de la nueva república y del concepto de soberanía:

> República es un gobierno justo de muchas familias y de lo que les es común, con poder soberano. [8] La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la república. [9]

El segundo gran mérito de Bodino, que se deduce de las definiciones transcritas, estriba en haber reafirmado la independencia absoluta y perpetua del poder temporal: la soberanía se presenta como una característica esencial del poder de la república, esto es,

[8] Hemos utilizado la edición de París, hecha por Jacques du Puys, 1578, correspondiente a la tercera edición, libro I, cap. I, primeros renglones.

[9] Libro I, cap. VIII, pp. 96 y ss.

sólo puede darse el nombre de república *a la comunidad humana cuyo poder temporal es independiente del espiritual y de todos los poderes humanos*. En *Les six livres de la république* el estado renacentista adquirió conciencia de su independencia e hizo gala de su libertad, declarándola absoluta y perpetua. La tercera visión genial del filósofo político es la ratificación de la doctrina aristotélica, según la cual, la titularidad de la soberanía corresponde al rey, al pueblo o a la minoría que ejerce efectivamente el poder; la verdad es que la idea de la soberanía sólo podía predicarse del pueblo y de los hombres, toda vez que lo único que puede ser independiente o libre es el pueblo o los hombres y los únicos que pueden ejercer o sobre los cuales puede ejercerse el poder, son los hombres y los pueblos. La palabra soberanía, entonces como ahora, quiere decir: Atenas, como pueblo, o el rey de Francia, no obedece ningún poder humano y dicta el derecho a todos los hombres que habitan dentro del territorio sujeto a su poder. Esta conclusión se pone de relieve en un párrafo [10] en el que se dice que el rey o el pueblo o la minoría soberana, es quien dicta el derecho y que no queda nunca ligado por él, toda vez que puede siempre cambiarlo:

> Si el príncipe soberano no está sometido a las leyes de sus predecesores menos aun puede estarlo a las leyes y ordenanzas que él mismo expide: porque si bien puede recibirse de otro la ley, es imposible por naturaleza darse a sí mismo la ley o mandarse cosa que dependa de su voluntad. Como dice la ley: *nulla obligatio consistere potest, quae a voluntate promittentis statum capit*. Así, vemos que los edictos y ordenanzas concluyen con las palabras siguientes: *Tal es nuestra voluntad.*

Según el pensador de Angers, la soberanía es una cualidad del poder que ejercen, ya el rey de Francia, ya el pueblo de Florencia, de un poder en virtud del cual expiden e imponen libremente la ley humana; de ahí que en el párrafo transcrito se señalen, como su característica esencial, las palabras que acompañan los mandamientos del rey: *tal es nuestra voluntad*. La doctrina de Bodino conduce a la tesis de que *el deber ser jurídico, en la medida en que es ley humana, es un acto de voluntad del ser*. El autor del *Heptaplomeres* no habría podido siquiera concebir que el derecho,

[10] Libro I, cap. VIII, pp. 97 y ss.

producto y a merced de una voluntad humana, fuese el titular de la soberanía, ni tampoco que la idea de la independencia del pueblo y del rey frente a la iglesia, el imperio y las restantes repúblicas de Europa, significara, simplemente, la independencia de un haz de normas frente a otros haces de normas.

Pero Bodino no pudo romper las concepciones medievales: la doctrina de la soberanía se limita a la ley humana, pues la ley de dios y la natural son independientes de las voluntades terrestres; en *Les six livres de la république* se ratificaron una vez más las ideas de San Agustín y Santo Tomás. Ciertamente, el poder temporal se independizó definitivamente de los poderes terrestres, pero continuó sometido a la ley de dios y a la natural, como su simple adaptador a las condiciones particulares de tiempo y lugar. De ahí que pueda decirse que Bodino es el último expositor del pensamiento político del siglo final de la Edad Media.

2. *El príncipe* se inicia con las palabras siguientes:

> Todos los estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres, han sido y son, o repúblicas o principados.

Ahí se empleó por vez primera, por lo menos en forma deliberada, el término *estado*, en tanto las viejas denominaciones de *república, principado* o *reino*, pasaron a significar *las distintas formas de gobierno o de dominio en el interior de los estados*. El ilustre florentino se dio cuenta de que el mundo del Renacimiento estaba creando un espíritu humano que aspiraba a la sustantividad de los valores terrestres y a su consecuente autonomía delante de los poderes celestiales. *El príncipe*, en armonía con el pensamiento de su siglo, es el punto de partida de la ciencia política moderna, entendida como una disciplina estrictamente humana, separada de la teología, más aún, en oposición frecuente con ella. Maquiavelo es el fundador de una ciencia política libre, que buscará en las comunidades humanas tal como son, con sus virtudes, sus heroísmos, sus defectos y sus pasiones, su finalidad específica, que no aceptará la imposición de un dogma extraño, así provenga de un dios, que no partirá de un *a priori* y que tendrá por misión enseñar al titular del poder la manera de conservar la unidad y fomentar la grandeza de la república o del principado.

Con el autor de *Las historias florentinas*, los reinos de Europa y las ciudades de Italia se hicieron dueños de sus destinos. Maquiavelo es hijo y, a la vez, el gran revolucionario político de su siglo, de una época que separaba abismalmente la ciencia de la naturaleza de la teología y de la ética; es el filósofo que completa la revolución del pensamiento, el hombre que extendió la autonomía de la ciencia de la naturaleza a la política y quien, en consecuencia, liberó definitivamente el pensamiento humano; es el genio renacentista que rompió las ligaduras de la ciencia política e hizo de ella un fruto de la tierra y del espíritu del hombre; es la figura insigne que dio a la unidad y al progreso de los pueblos un valor pleno, señalando al estado fines puramente humanos. El estado de *El príncipe* rompió todas las cadenas y se elevó a la categoría de soberano absoluto: nada ni nadie quedaría encima de él; sería el árbitro y el autor de su destino, de su estilo de vida y de su orden ético y jurídico. La definición de Bodino alcanzó su más alto sentido: el principado o la república sería el supremo, la comunidad política que no reconocería ninguna autoridad superior, ni en el cielo ni en la tierra, el soberano absoluto y perpetuo, el creador de su orden ético y jurídico y el hacedor de su historia. Mediante esta doctrina, las comunidades humanas adquirieron un *ethos* propio, se hicieron dueñas de su destino y dejaron de recibir el *ethos* imperativo de un dios que envía a las tinieblas eternas a quienes no se someten a sus designios.

El estado de Maquiavelo tampoco es un ente real o abstracto; es la comunidad humana que posee un poder interno supremo, ejercido por el pueblo, por un príncipe o por un senado. Por lo tanto, la soberanía no es un atributo del estado en cuanto ente, que no es tal, sino una cualidad del poder de una comunidad humana, principado o república. Todo el proceso pensante de Maquiavelo tiende a la negación de los poderes ético y jurídico de origen divino y a la afirmación de que el derecho es los mandamientos del poder humano soberano: el pueblo, la minoría gobernante o el príncipe. Maquiavelo universalizó el adagio latino que empleó Bodino para demostrar la dependencia de la ley humana respecto del príncipe, o si se prefiere, lo extendió a todo el derecho, pues al aniquilar el orden jurídico divino y natural y dejar únicamente la ley humana, convirtió el adagio en la fórmula del poder del principado o de la república.

Pero el filósofo renacentista no se conformó con ser el fundador de la ciencia política moderna, sino que, acicateado por el amor a su patria, se lanzó a una segunda empresa: *la unidad y la independencia de Italia,* de aquella tierra que un día fue la señora del mundo. Pero en su intento se vio obligado a postular la separación entre la ciencia política y la moral, ya no sólo de la de origen divino, sino aun de la forjada por el hombre en el correr de la historia. *El príncipe* está dedicado al *Magnífico Lorenzo de Medicis,* a quien el autor del libro consideraba como la persona llamada por el destino a realizar la unidad; y al ofrecerle su obra como un tratado sobre el arte de gobernar, introdujo los párrafos siguientes en el capítulo XV:

> Muchos han visto en su imaginación repúblicas y principados que jamás existieron en la realidad y que nunca existirán. Tanta es la distancia entre cómo se vive y cómo se debería vivir, que quien prefiere a lo que se hace lo que debería hacerse, más camina a su ruina que a su preservación ... necesitando el príncipe que quiere conservarse, aprender a ser o no bueno, según la necesidad ...

Como todos los grandes revolucionarios, Maquiavelo es uno de los personajes más discutidos de todos los tiempos. Execrado por la inmensa mayoría de los escritores políticos y por los moralistas de su siglo, fue exhibido como el prototipo de la maldad política en las palabras pronunciadas por Ricardo, duque de Gloucester, en el acto tercero, escena segunda, del Rey *Enrique* VI de Shakespeare; y en *L'Antimachiavel,* Federico el Grande dice de él que "corrompió la política e intentó destruir los preceptos de la sana moral ..." [11] Pero cualquiera que sea el juicio que se adquiera sobre el autor de *Las décadas de Tito Livio,* lo cierto es que el estado y los hombres se hicieron dueños de sus destinos.

3. Los años finales del siglo XVI parecen justificar la interpretación hegeliana de la historia, pues en ellos encontramos una tesis y una antítesis políticas, preludio de la síntesis que regirá la vida jurídica de la Edad Moderna: de un lado, los restos del pensamiento medieval, representados por Bodino y del otro, el estado de Maquiavelo. El hombre renacentista no quería regre-

[11] Utilizamos la edición de La Haya, chez Jean van Duren, 1741, pp. V y VI de *L'avant* propos y 169 y ss.

sar al pasado, ni someterse ciegamente a un derecho y una moral divinos; quería ser el creador de su mundo, de su derecho y de su moral. Pero tampoco aceptaba la omnipotencia de un poder libre, que no reconocía freno alguno, ni siquiera la moral de su época. La síntesis de las dos corrientes es altamente instructiva para la historia: los gobernantes repudiaron verbalmente las máximas del florentino, pero actuaron de conformidad con sus consejos; la fórmula: *la razón de estado*, es la aplicación de sus máximas al gobierno de los pueblos. Por otra parte, los filósofos políticos y los juristas, en armonía con la filosofía racionalista que principiaba a extenderse, negaron la subordinación del poder a la ley de dios, pero aceptaron la idea de un derecho natural, que si bien tenía como base exclusiva la naturaleza racional del hombre, era igual o parecido en su contenido a la ley divina. De conformidad con esta nueva idea, el poder estatal quedó liberado de los viejos amos: dios, el orden ético y jurídico divino y natural y la iglesia, pero adquirió uno nuevo: *el derecho natural de la razón*. Las palabras de Hugo Grocio, que constituyen una especie de manifiesto de la nueva escuela, merecen transcribirse: [12]

> El derecho natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional tiene fealdad o necesidad moral... Es tan inmutable que ni aun dios lo puede cambiar... pues, como ni dios siquiera puede hacer que dos y dos no sean cuatro, así tampoco que lo que es malo intrínsecamente no lo sea...

Las transformaciones de la doctrina eran a la vez que enormes muy pequeñas, dependiendo del punto de vista en que nos coloquemos: lo primero, por cuanto el poder no incurriría más en el delito de lesa majestad divina, y lo segundo, porque la razón, de la misma manera que el viejo derecho divino y natural, determinaba minuciosamente la conducta de los hombres y las atribuciones del poder. De ahí nacería la tesis, afirmada rotundamente en el siglo de las luces, de *la soberanía de la razón y del derecho natural que derivaba de ella*. Una vez más se produjo la enajenación del hombre: los grandes teóricos del iusnaturalismo racionalista, Pufendorf y Wolf, entre otros, se dieron a la tarea de redactar las nor-

[12] *Del derecho de la guerra y de la paz*, traducción de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, 1925, t. I, pp. 52 y 54.

mas jurídicas que derivaban de la razón; pero por una paradoja de la historia, sus sistemas resultaron coincidentes con el derecho civil que venía de Roma, el cual, por sus principios de respeto a la propiedad privada y de autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos, se amoldaba perfectamente a los propósitos de la burguesía y del capitalismo crecientes.

IV

En el mismo siglo XVI concluyó la preocupación de los pueblos y de los reyes por el poder del emperador y del papa. Francisco I, si bien derrotado en la Batalla de Pavía, y su hijo Enrique, actuaron siempre como monarcas soberanos, y su prestigio, como herederos de los hacedores del reino y de la nación franceses, hizo de ellos la encarnación del estado. En el mismo siglo y como un efecto natural de la posición privilegiada de los reyes, se inició la era del absolutismo; es verdad que la mayoría de los juristas conservó la fe en la existencia de un derecho natural, pero también es cierto que detrás de él ya no se hallaba potencia alguna que lo defendiera, esto es, faltó la relación *iglesia-orden-jurídico-natural,* falta que traía como consecuencia que el derecho natural quedara flotando en la atmósfera. La problemática de la soberanía tuvo que transformarse: las pugnas medievales fueron luchas entre poderes, en las cuales los hombres cumplieron la función de los peones del tablero movidos por los jugadores de ajedrez; en cambio, la Edad Moderna es el escenario de la batalla de la democracia contra la monarquía, del pueblo y de sus hombres contra los reyes. De ahí nació el nuevo dilema: *soberanía del pueblo o soberanía del príncipe.*

1. Todavía resonaron algunas voces medievales: Filmer[13] en Inglaterra y Bossuet[14] en Francia, entre otros escritores, en defensa del derecho divino de los reyes, al que fundaban en la idea del soberano como la imagen del paterfamilias y en múltiples citas de la *Biblia.* Se oyó asimismo la voz de la gran *Escuela Española del Siglo* XVI, cuya parte más brillante está representada por

[13] *El patriarca.*
[14] *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte.*

Francisco Suárez:[15] el célebre jesuita adoptó la concepción aristotélica sobre la naturaleza social del hombre y habló de la familia como la sociedad primera, y de la *ciudad* como la sociedad perfecta, *constituida para ayudarse mutuamente.* Siguiendo a Santo Tomás, afirmó la necesidad del poder, ya que resultaría contrario a la razón natural que los hombres quisiesen la vida social y rechazaran el aseguramiento del orden por el poder. Partiendo de este razonamiento, Suárez reprodujo la fórmula tradicional del pensamiento católico: *omnis potestas a deo.* Constituida la sociedad, la necesidad del poder ya no depende del arbitrio de los hombres, sino de la naturaleza del cuerpo político, razón por la cual "no puede provenir de los hombres como de cosa propia", sino de dios, "como de primero y principal autor".[16] Pero una cosa es la causa primera del poder y su necesidad en abstracto y otra cuestión bien distinta es la determinación de su fuente en cada comunidad, la que no puede ser otra que el pueblo una vez constituido en cuerpo político. El autor del *Tratado de las leyes y de dios legislador* se inclinó por la soberanía originaria del pueblo, pero agregó que no obstante que el poder es una especie de propiedad natural de la ciudad, no radica inmudablemente en ella, por lo que puede transmitirla a un príncipe. Sin embargo, el rey, titular de la soberanía, no es un monarca absoluto, pues el jesuita español, al igual que Santo Tomás y Bodino, colocó el cetro debajo de la ley de dios y de la natural.

2. Empero, para la ciencia política de la Edad Moderna, el defensor de la nueva doctrina de la soberanía del príncipe fue Tomás Hobbes.

En las obras del pensador inglés se muestra una vez más que las doctrinas políticas son un reflejo de las circunstancias históricas: vino al mundo a fines del siglo XVI, cuando la *Invencible armada* amenazaba destruir el poderío inglés; y fue testigo de la ejecución de Carlos I, del gobierno de Cromwell y del regreso de los Estuardos. Todos estos acontecimientos le llevaron a la convicción de que la nación que quería ser libre en la comunidad de los pueblos necesitaba organizar sus fuerzas; llegó también al con-

[15] *Tratado de las leyes y de dios legislador,* traducción de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, 1918.

[16] *Obra citada,* t. III, p. 27.

vencimiento de que la democracia era imposible, dada la naturaleza humana y sostuvo que la división del poder entre el parlamento y el rey conducía fatalmente al predominio de uno o a la guerra civil; por último, alcanzó la conclusión de que el mejor gobierno era el de una persona, ya que las asambleas tenían necesidad de unificar las opiniones contradictorias. El autor de *De cive* y del *Leviatán* pertenece a la legión de escritores que buscaron en la naturaleza física y en el hombre la explicación de los fenómenos individuales y sociales. Si Maquiavelo consumó la separación de la ciencia política de la teología y de la moral e hizo de ella el arte de conquistar y conservar el poder, Hobbes es el primer pensador de los tiempos modernos que se propuso construir una ciencia política fundada en la naturaleza y en las maneras reales de actuar de los hombres.

Hobbes, que vivió en el centro de la concepción individualista de la sociedad, no cree ni en la bondad ni en la maldad natural del hombre, porque lo contempla como un fenómeno de la naturaleza, regido por la ley natural que gobierna la vida del reino animal, la que no es otra que *la ley de la conservación de la existencia*: *en el estado de naturaleza*, explica, todos los hombres son iguales, pues si uno es más fuerte físicamente que otro, éste puede aventajarle en astucia y por talento. De esta igualdad deriva que:

> lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, sea la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin.[17]

De la existencia de este derecho natural, que dejó de ser un principio normativo para convertirse en una ley del mundo físico, dedujo el pensador inglés que *los conceptos de justicia e injusticia no pueden aplicarse al estado natural del hombre*, de lo cual, a su vez, se desprende, por una parte, que la existencia de un derecho absolutamente justo, universal e inmutable, es imposible, y, por la otra, que el estado de naturaleza es una guerra de todos contra

[17] *Leviatán*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1940, p. 106.

todos. Esta penosa condición, sin embargo, no está rodeada por una muralla infranqueable: el autor del *Leviatán* comparte con su país la concepción utilitarista de la vida y de ahí que sostenga que los hombres acuden a su razón en busca de consejo; ella les dice que la forma mejor de conservar la existencia es la convivencia en paz. Hobbes da a este consejo utilitarista de la razón el nombre de *ley natural*: él induce a los hombres a la formación de la *sociedad civil*; pero la simple coexistencia, explica el filósofo del siglo XVII: [18]

> no resuelve los graves problemas del estado de naturaleza y más bien los agrava, ya que no existiendo un poder que obligue a respetar las normas de la paz, los hombres pueden aprovechar impunemente las oportunidades de apoderarse de lo ajeno.

Impulsados por este nuevo mal que crearon, los hombres resuelven instituir un poder, absoluto y perpetuo, al que cada ser humano transmite su derecho natural y al que corresponderá en el futuro mantener la paz, dictando las normas que estime adecuadas para ese fin. Dentro de la tendencia a la creación de un poder fuerte y capaz de salvar a Inglaterra del caos, problema semejante al de Maquiavelo, Hobbes cayó en la deificación del poder: [19]

> La multitud, unida así en una persona, se denomina *estado*, en latín *civitas*. Ésta es la generación de aquel gran *Leviatán*, o más bien, hablando con más reverencia, de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa.

El autor de la idea *estado-dios-mortal*, está en la misma línea de Maquiavelo, si bien nunca habló de la posibilidad de mandamientos contrarios a la ética; pero nos parece indudable que Hobbes es el mariscal que sucede al florentino en la batalla del poder por hacerse independiente, supremo y único, en contra de todo otro poder humano, temporal o espiritual, así como también en contra del orden divino medieval y del derecho racional del siglo XVI. El escritor inglés concluyó en un positivismo estatista descarnado: la soberanía es la cualidad de un poder humano y éste, a su vez, la fuente única del derecho. El Estuardo, a quien

[18] *Obra citada*, pp. 137 y ss.
[19] *Obra citada*, p. 141.

estaba destinado el *Leviatán*, igual que Lorenzo el Magnífico, habría sonreído ante la idea de una soberanía del orden jurídico.

3. En la batalla en contra de la monarquía, Inglaterra tenía mucho que decir: desde la Edad Media, el parlamento inició la lucha contra el rey, a fin de arrebatarle la función legislativa y no estaba dispuesto a devolverla. John Locke, que vivió en la segunda mitad del siglo XVII, rechazó la tesis hobbesiana de la monarquía absoluta y la consecuente doctrina de la soberanía del príncipe, pero es preciso agregar que tampoco era partidario de la soberanía del pueblo, sino que más bien se colocó en una posición intermedia, siendo uno de los iniciadores de la idea de la soberanía del parlamento.

Producto indudable de la circunstancia histórica de su patria, el autor de los *Ensayos sobre el gobierno civil* distinguió con la mayor claridad las dos grandes funciones del poder: la creación de la ley y su aplicación. Una y otra estaban ya separadas en Inglaterra y así debían continuar: la primera correspondía al parlamento y la segunda al rey. En armonía con los resultados de la historia, Locke sostuvo que la función legislativa es la actividad primaria y básica, pues sólo la ley y nunca la voluntad de un rey, puede garantizar la vida, la libertad y las propiedades. Por lo tanto, los diversos aspectos de la función ejecutiva no son sino la actividad dirigida al cumplimiento de las decisiones del parlamento. Ahora bien, si la función creadora del derecho es la primaria y si la ejecutiva le está subordinada, resulta que es al poder legislativo, titular de ella y no al rey, a quien convienen los caracteres que asignó Bodino al poder soberano. Podría creerse, en vista de lo expuesto, que John Locke se aproximó a la idea de la soberanía del pueblo, representado en el parlamento, pero no es así, pues la verdad es que el parlamento inglés del siglo XVII era el representante de la nobleza y de las clases poseedoras de la riqueza. Blackstone [20] explica que en los últimos años de aquel siglo, el parlamento se componía de dos cámaras: la *Cámara Alta* o *Cámara de los Lores*, la que se integraba con *los lores espirituales*, que eran dos arzobispos y veinticuatro obispos, y con *los lores temporales*: duques, marqueses, condes, vizcondes o barones. La *Cámara*

[20] *Commentaires sur les lois anglaises*, traducción francesa de N. M. Chompré, París, 1822, t. I, pp. 270 y ss.

Baja o *Cámara de los Comunes*, a su vez, se componía de *los diputados* o *caballeros de condado*, elegidos por los *propietarios de tierras de los condados*, y de los *burgueses y ciudadanos*, designados por los *comerciantes de los burgos y de las ciudades*. Esta integración de la Cámara de los Comunes revela que sólo podían penetrar en ella los dueños de tierras y los comerciantes y en manera alguna el pueblo, por lo cual, si se quiere ver en el parlamento un cuerpo representativo, habría que decir que la soberanía radicaba en una aristocracia de la sangre y de la riqueza.

4. La primera mitad del siglo de las luces no nos dijo nada nuevo: los teóricos del derecho natural, con Pufendorf al frente, tomaron como punto de partida el principio de la soberanía originaria del pueblo, pero aceptaron la posibilidad de su delegación al príncipe. Por su parte, los filósofos de la Ilustración, incluyendo a Voltaire, hablaron del derecho natural derivado de la razón y reclamaron de los reyes su respeto, pero no exigieron el reconocimiento de los derechos políticos, ni propusieron el derrocamiento de los monarcas. Federico el Grande, que creyó realizar el ideal platónico del rey-filósofo, y cuyo nombre va unido al concepto del Despotismo Ilustrado, hizo a un lado la teoría del derecho divino de los reyes y aceptó el principio de la soberanía originaria del pueblo, pero agregó que los hombres la delegaban irrevocablemente en el príncipe, delegación que era, además, una consecuencia inevitable, dada su falta de preparación y de aptitud para el gobierno. Finalmente, los articulistas de *L'Encyclopedie* se adhirieron al pensamiento de Pufendorf.[21]

5. En el año de 1754, Juan Jacobo Rousseau redactó y envió a la Academia de Dijón el *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* y ocho años más tarde se publicaron el *Emilio* y el *Contrato social*. En esos libros se quebró el pensamiento político de las Edades Media y Moderna y salieron a la luz las ideas básicas de la nueva democracia y de la soberanía del pueblo: en ellos se percibe el ritmo poético del *Discurso en loor a los muertos* y la invitación a los pueblos para

[21] Ver el artículo: *Souveraincté*, en *L'Encyclopedie ou Dictionnaire des Sciences, Arts et Métiers*, a Neufchastel, chez Samuel Faulche et Compagnie, Libraires et Imprimeurs, 1765, t. xv, p. 425.

romper sus cadenas. Con Rousseau concluyó una era y se abrió la etapa del pensamiento político contemporáneo: Juan Jacobo completó la destrucción de la idea del derecho divino y deshizo la tesis del derecho racional y de su supuesta soberanía, se apartó de la creencia en una naturaleza abstracta del hombre y colocó a éste, materia y espíritu, con sus pasiones y sus virtudes, al hombre real, al de la vida diaria, como la fuente y el fin únicos del orden jurídico. Rousseau negó la legitimidad de todas las potencias temporales y espirituales para gobernar a los hombres y acuñó la idea de *un derecho de los hombres para los hombres,* en lugar del derecho de un dios o de una pretendida razón universal. Pero el concursante de la Academia de Dijon dio un segundo paso, que se ha convertido en la base esencial y única de toda vida social: los filósofos políticos, desde Aristóteles y Herodoto, pasando por Santo Tomás y Maquiavelo, hicieron una clasificación tripartita de las formas de estado: democracia, aristocracia y monarquía y declararon a las tres formas rectas, puras o justas de gobernar a los hombres. Rousseau, por lo contrario, afirmó enfáticamente que la democracia es *la única forma recta, pura o justa para la vida social.* Nadie más ha vuelto a defender la soberanía del rey o de la minoría gobernante, con la sola excepción de los corifeos del duce, del Führer y del caudillo. En el autor de las *Cartas de la montaña,* la democracia se hizo esencia humana y se elevó a la categoría del derecho natural primario de todos los hombres. En la búsqueda del hombre, el creador de la *Nueva Eloísa* saltó sobre el racionalismo del siglo de las luces, el pensamiento tomista y la Stoa, y lo halló en su condición natural, antes de que fuese corrompido por *la civilización de la desigualdad,* como un ser bondadoso y bien dispuesto hacia sus semejantes; en consecuencia, y en oposición a Hobbes, Juan Jacobo no cree que el hombre sea igual a las bestias, ni acepta tampoco su corrupción original. De ahí su primer grito de combate: *retorno a la naturaleza;* y de ahí también las conclusiones del *Emilio:* la educación debe proponerse limpiar al hombre de las impurezas del mundo que le rodea y despertar y perfeccionar sus virtudes dormidas.

El *Discurso* y el *Contrato social* presentan la idea de la democracia fundada en la igual libertad de todos los hombres y la soberanía del pueblo. El desarrollo del proceso es de sobra cono-

cido y a él nos hemos referido en varias ocasiones:[22] por naturaleza, todos los hombres somos iguales y libres unos de otros. No se trata, claro está, de la igualdad y libertad físico-biológicas que mencionó Hobbes, sino de la igualdad y libertad que derivan del mito protagórico, esto es, de la circunstancia de que Zeus ordenase a Hermes que enseñara a todos los hombres por igual la ciencia de la política. En el pensamiento rousseauniano, las ideas de igualdad y libertad naturales se fusionan, pues siendo iguales todos los hombres, ninguno tiene derecho a gobernar a los demás. Pero la civilización de la desigualdad, cuya causa principal radica en la propiedad privada, ha dado por resultado que no obstante que los hombres somos iguales por naturaleza, todos quedemos envueltos por cadenas, desde el hecho mismo del nacimiento: los esclavos por serlo y los amos porque se ven obligados a evitar su rebelión. El capítulo VI del libro primero del *Contrato* plantea el problema de la nueva convivencia humana con inmejorable claridad:

> El problema fundamental al cual da solución el contrato social es encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y bienes de cada asociado, y por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como anteriormente.

Del binomio *igualdad-libertad* brotan los derechos políticos, cuya fórmula podría ser la siguiente: *igualdad para la libertad*, y que consiste en el idéntico derecho de cada ser humano para coparticipar en la formación de la sociedad o cuerpo político y en su consecuencia, que es *la voluntad general*, la cual, a su vez, *es la unión de las voluntades de los hombres libres para la libertad*. La voluntad general, así entendida, es necesariamente soberana, o mejor aún, ella es el soberano: en primer lugar hacia el exterior, pues, si no lo fuese, no estaría integrada por hombres libres, ni sería ella misma una aspiración hacia la libertad, ya que, juntamente con sus componentes, dependería de otro; pero también es soberana en el interior, pues, si cada persona se gobernase autónomamente, no existiría ni la unión de las voluntades ni la asociación de los hombres.

[22] Consúltese el ensayo: *La idea de la soberanía*, en *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, Publicaciones de la Coordinación de Humanidades de la UNAM, México, 1964.

De la naturaleza de la soberanía: *poder de la voluntad general para la libertad,* fluyen sus notas específicas, descritas por Rousseau en una secuencia de capítulos imperecederos: *a*) El problema y la fórmula transcrita del *Contrato* revelan, sin género alguno de duda, que Rousseau parte del hombre como persona, pues la formación del cuerpo político y de la voluntad general sólo son posibles partiendo del nuevo binomio *hombre-persona.* O expresado con otras palabras: la democracia, como forma de vida social, sólo puede concebirse partiendo del *hombre-persona,* ya que, si estos términos se separan, el hombre, como ente físico-biológico, no puede concurrir a la formación de la voluntad general. La verdad es que los conceptos *hombre-persona* y *voluntad general* se hallan en una relación dialéctica indisoluble, como también lo están los términos *hombre-persona* y *pueblo;* el uno sin los otros no puede existir, porque tendría que llegarse a un aislamiento absoluto de la persona, incompatible con la naturaleza humana; y los segundos, sin el primero, resultan impensables, porque un pueblo no es un hacinamiento de seres físico-biológicos sino de personas. De ahí las fórmulas permanentes de la democracia: *el hombre, igual a sus semejantes por naturaleza y libre frente a todos, es asimismo por naturaleza persona; un pueblo es una comunidad de personas. b*) La soberanía reside esencial y originariamente en la voluntad general, que es tanto como decir en el pueblo, y únicamente en él puede residir. Pero este residir en la voluntad general, más que un problema de titularidad de la soberanía, propone una cuestión de esencia: el pueblo es, por su esencia, soberano, ya que está formado por hombres libres que buscan la libertad. Es posible, como en el caso de Polonia bajo los zares, que un pueblo vea usurpada su soberanía, pero en la medida en que sobrevive como pueblo que aspira a la libertad, conserva en potencia su soberanía, la que resplandecerá cuando, según dice Juan Jacobo: "al romper sus cadenas, obre mejor". *c*) La idea de una división, enajenamiento o prescriptibilidad de la soberanía, contradicen su naturaleza, pues equivalen a negar la igualdad y la libertad humanas: si estuviese dividida, los hombres dejarían de ser libres y de estar unidos para la libertad, pues no se puede ser libre en un cincuenta por ciento y esclavo en la parte restante. Su enajenamiento implicaría que los hombres pueden venderse como esclavos, posibilidad que no vale la pena discutir.

Finalmente, la posibilidad de la prescripción significaría la transformación de la naturaleza humana, la que habiendo sido libre se convertiría en esclava por su pasividad.

La conclusión primera que se deduce de lo expuesto nos indica que Rousseau ha proclamado la libertad del hombre y la soberanía del pueblo como las bases inconmovibles de una sociedad orientada a la realización de lo humano. Desde este punto de vista, el pensamiento del ginebrino debe contemplarse como un esfuerzo para desenajenar al hombre y destruir las potencias humanas y los regímenes jurídicos absolutos que le habían encadenado a lo largo de la historia, ya los dictados por una divinidad, ya los impuestos por una razón universal. El *Discurso* y el *Contrato* pusieron fin a una etapa de la historia del concepto de soberanía, cuyos estadios fundamentales fueron los siguientes: la batalla del poder temporal en contra del espiritual; la de los reyes delante del emperador; la del soberano temporal, ya sea un rey, una minoría gobernante o el pueblo, para liberarse de los sistemas jurídicos heterónomos y realizar su derecho a decidir su destino; finalmente, Rousseau es el mariscal, victorioso en la teoría, de la batalla del pueblo en contra de los reyes, de las minorías gobernantes y de los sistemas jurídicos suprahumanos. Pero hay algo más: si se analizan cuidadosamente las páginas del *Contrato*, se observará que ahí se destruyó la distinción entre pueblo y poder, substituyéndola por la idea de que *el pueblo es el poder*, conclusión que nos conduce hasta el siglo del milagro griego, cuando brillaba el lucero de la democracia pura.

La conclusión segunda consiste en que la estructura del cuerpo político y la conformación del derecho tienen que ser el producto de la voluntad general de los hombres libres dirigida al aseguramiento de la libertad, por lo que sólo pueden considerarse legitimados cuando tienen como base la voluntad libre de los hombres. De ahí que todo intento para legitimarlos con apoyo en otro principio, incluidas las ideas de dios y de una razón universal, contradiga la esencia del pensamiento democrático. La conclusión tercera, ligada íntimamente a la anterior, nos dice que *el orden jurídico es y sólo puede ser el que crean los hombres en ejercicio de su libertad y de la soberanía; cualquier otro orden normativo será un orden de poder, mas no un orden jurídico*. Pero precisamente porque es creado por hombres libres, el orden jurídico

tiene que fundarse en el binomio *hombre-persona*, pues si el hombre, en cuanto tal, no fuese persona, esto es, *sujeto per se de la libertad*, los fines del cuerpo político y del orden jurídico desaparecerían, ya que, para decirlo una vez más: *una sociedad humana no es ni puede ser una plantación de esclavos.*

V

La Revolución Francesa encendió en Europa y en América las antorchas rousseaunianas de la soberanía del pueblo, condición para la libertad del hombre, un pensamiento ardiente y vivo que se regó generosamente en los campos de Anáhuac y de la América hispánica para ayudar a la liberación de los hombres.[23] *Pero la libertad no era una conquista definitiva y quizá no llegue a serlo nunca.*

El siglo XIX está lleno de contradicciones y no es tarea fácil orientarse en el mar de sus corrientes ideológicas, lo cual, lógicamente, se reflejará en las doctrinas de la soberanía: la Santa Alianza, salida del Congreso de Viena de 1815, había logrado sepultar los impulsos revolucionarios que procedían del siglo anterior y miraba con el más vivo interés la restauración de los Borbones en el trono de Luis XVI; pero la historia no puede borrarse del todo, por lo que no era posible revivir la vieja idea de la soberanía de origen divino del rey. Por otra parte, la burguesía triunfante había logrado imponer su dominio en el mundo de la economía y, merced a él, ejercía el poder político y jurídico: el sistema electoral europeo, que señalaba un ingreso anual elevado para figurar como candidato a los parlamentos y congresos, impedía la participación del pueblo en la elaboración de las leyes y en el ejercicio de la función ejecutiva. Pero la burguesía, que había luchado en contra de los privilegios de la nobleza y que fue a la revolución de 1789 en nombre de la igualdad, de la libertad y de los derechos del hombre, no pudo ostentarse como la heredera de los reyes y de la nobleza y, consecuentemente, no pudo afirmar su titularidad de la soberanía; sin duda, detentaba el poder, pero no podía declararlo en las constituciones, ni en sus manifiestos y sus teóricos tampoco se atrevían a defenderla. Fue así que los Borbones,

[23] Consúltese el ensayo citado en la nota anterior.

la Casa de Orleans y la burguesía, recorrieron a la vieja idea de la soberanía del orden jurídico: los reyes conservaban su trono y la burguesía elevaba su estilo de vida a la categoría de un orden jurídico supremo, universal, absoluto y perpetuo, con lo cual y de la misma manera que la iglesia medieval, creó lo que bien podría llamarse: *la teocracia burguesa.* Carlos Schmitt explica,[24] con su habitual precisión, que en la etapa de la restauración de la monarquía francesa se insistió en la doctrina de la *soberanía de la constitución,* con cuya tesis se quiso una vez más salvar un régimen político y jurídico:

> La idea de que no son los hombres, sino las leyes y las normas quienes gobiernan, por lo cual deben ser nombradas *soberanas,* es muy antigua. Pero para la teoría moderna de la constitución deben tomarse en consideración los datos históricos siguientes: en los años de la restauración de la monarquía (1815 a 1848), los representantes del liberalismo burgués, los llamados *doctrinarios,* caracterizaron la constitución (la *Carta*) como *soberana.* Esta curiosa personificación de una ley escrita perseguía el propósito de colocar la ley, con sus garantías burguesas de libertad y de respeto a la propiedad privada, al abrigo de las fuerzas políticas. Mediante esta tesis, se eludía la pregunta política relativa al dilema: soberanía del príncipe o soberanía del pueblo, pues la respuesta decía, lisa y llanamente: *soberano es, no el príncipe o el pueblo, sino la ley . . .* Un doctrinario típico de la época del rey Luis Felipe, Royer-Collard, habló de *la soberanía de la constitución* y Guizot, representante clásico del estado de derecho liberal, mencionó *la soberanía de la razón, de la justicia y de otros valores abstractos,* con lo que quiso decir, analizada cuidadosamente la cuestión, que la soberanía de las normas presupone que las mismas son expresión, no de una voluntad positiva y de su mandamiento, sino de lo justo racional, esto es, de la razón y de la justicia . . .

J. J. Chevalier, el ilustre maestro de la Facultad de Derecho de la Sorbonne, ratificó recientemente la exposición de Carlos Schmitt:[25]

> En el *Cours d'histoire moderne* (novena lección), 1828, Guizot expresó: "Afirmo, y el simple sentido común lo reconoce, que la soberanía de derecho, completa y permanente, no puede pertenecer

[24] *Verfassungslehre* (*Teoría de la Constitución*), Verlag von Duncker und Humboldt, Leipzig, 1928, pp. 7 y s.

[25] *Cours d'histoire des idées politiques,* Le cours de droit, 1962-1963, p. 26.

a ninguna persona; que toda atribución de la soberanía dé derecho a una fuerza humana cualquiera es radicalmente falsa y peligrosa..." Así, ni el rey, ni el pueblo eran soberanos. Royer-Collard, en términos lapidarios pero nobles, rehusaba inclinarse delante de cualquier soberanía que no fuese la de la *razón*, único legislador verdadero de la humanidad. Guizot compartía ese pensamiento...

La nueva doctrina de *la soberanía de las constituciones burguesas* sancionó racionalmente la enajenación del proletariado a la economía, concebida como un haz de leyes naturales, dotadas de necesidad física y contra las cuales nada podían las voluntades humanas. Otra vez se impuso a los hombres un orden jurídico heterónomo, que derivaba de la naturaleza y que era, como el orden jurídico medieval, universal e inmutable. A partir de ese momento, la lucha del pueblo por la soberanía y por la libertad de sus hombres, tendrá como propósito independizarse de las fuerzas económicas y restaurar el imperio de los valores humanos.

La aparición del *Historicismo* a principios del mismo siglo XIX y el auge del positivismo, cuyo postulado común es la negación del derecho natural, arrebataron su base y su justificación a la doctrina de *la soberanía del orden jurídico burgués*. Alfred Stern [26] sostiene que en oposición a la Filosofía de la Ilustración, el Historicismo desechó la creencia en la existencia y aun en la posibilidad de *una naturaleza humana universal y a-temporal*, o si se prefiere emplear el lenguaje platónico, negó que la naturaleza humana fuera una *esencia*, lo que equivale a la afirmación de que no existe *el hombre como tal, sino sólo el hombre histórico*:

> Hegel afirmó con toda claridad: "*El individuo es un tal, que no está ahí el hombre en sí, que no existe, sino un hombre determinado.*" La escuela histórica de Niebuhr, Savigny, Bopp, Böckh, Grimm y Ranke, desechó por completo el concepto de naturaleza humana. Lo que ahora aparece como *substancia* del hombre es lo *variable*, lo que cambia en el curso de la historia. Estamos aquí frente a una especie de nueva revolución heracliteana contra el eleatismo de los racionalistas, con sus conceptos fijos y eternos.

Por lo demás, es suficientemente conocida la polémica entre Thibaut y Savigny, en el curso de la cual sostuvo el segundo que

[26] *La filosofía de la historia y el problema de los valores*, traducción de Óscar Nudler, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 172.

el derecho es un producto histórico determinado por el espíritu de cada pueblo.

De la misma o mayor magnitud fue el golpe del *positivismo*: el punto de partida de esta corriente filosófica es la afirmación de que el único conocimiento científico y, por lo tanto, cierto, es el que consiste en lo *dado*, esto es, en los hechos que se nos entregan al través de la experiencia, de lo que a su vez se desprende que la especulación metafísica es imposible para la razón. La aplicación de esta doctrina al campo de lo jurídico llevó a la declaración de que el derecho es, únicamente, el que se vive en cada comunidad humana; en consecuencia, la idea de un derecho universalmente válido, ya provenga de una divinidad o de la diosa razón, es una especulación imposible. *La soberanía de las constituciones burguesas era, pues, un imposible científico.*

VI

En el segundo cuarto del siglo XIX, la filosofía alemana principió a adueñarse de la ciencia política y de la doctrina de la soberanía, iniciándose así una nueva fase en la lucha entre el poder y la libertad: las narraciones que anteceden revelan que al concluir los siglos de la teocracia católica, los reyes libraron la batalla de la monarquía contra la democracia; poco después, John Locke y en el primer cuarto del siglo pasado la burguesía, defendieron los derechos de los propietarios, de los comerciantes y de la economía, para imponer a los hombres el ordenamiento que daba satisfacción a sus intereses materiales, a cuyo efecto hablaron de la soberanía del parlamento y de las constituciones. Ante el derrumbamiento de las concepciones tradicionales, los filósofos políticos alemanes iniciaron lo que creemos debe caracterizarse como la batalla del estado, concebido como un ente real, abstracto o fingido, en contra de la democracia, de la soberanía del pueblo y de la libertad de los hombres. Son muchos los capitanes que participaron en la batalla, pero tres de ellos son otros tantos momentos culminantes: Hegel, la cúspide del idealismo contemporáneo, defensor de la realidad óntica y divina del estado; Jorge Jellinek, el maestro insustituible de la disciplina conocida con el nombre de *Teoría general del estado*, perfeccionador de la idea

del *estado-abstracción*; y Hans Kelsen, el último neo-kantianista, que ha visto a sus alumnos abandonar, uno tras otro, su pensamiento, defensor de un formalismo que se olvidó de la existencia del derecho a pretexto de construir una teoría lógica de un deber ser que carece de soporte en la realidad social y humana, de patria, dice Hermann Heller. Pero a pesar de estas diferencias, los tres pensadores coinciden en la justificación del sistema político dentro del cual les tocó vivir: la Prusia de los Hohenzollern, el imperio creado por Bismarck y el Imperio Austro-Húngaro.

1. De Hegel procede la tesis de que cada época histórica elabora y se expresa en una filosofía, de manera tal, que *cada filosofía es la conciencia del momento histórico que vive.* Si este principio es válido, la filosofía de quien fue maestro ilustre de la Universidad de Berlín, debe entenderse como la conciencia de un pueblo que se sentía y se sabía una nación, que se preparaba para grandes empresas en los campos de la cultura, de la ciencia y de la técnica y cuya burguesía, además, se alistaba para disputar el dominio de los mercados internacionales. El autor de las *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* vivió convencido de que *el espíritu* había seleccionado al pueblo alemán para hablar por sus labios y para que objetivara la historia de la era nueva que se estaba abriendo a la humanidad. Muchas veces se ha dicho que Hegel fue el trovador del Estado prusiano y que no vaciló en sacrificar la democracia, la soberanía del pueblo y la libertad individual del hombre en aras del destino señalado a la nación alemana.

No es posible ofrecer en este estudio preliminar una exposición, siquiera fuese somera, de la filosofía hegeliana. Se han escrito centenares de volúmenes, ensayos y artículos y casi todos concuerdan en la afirmación de que la tarea está aún inconclusa. Y en verdad, los escritos del *maestro*, como las sinfonías de Beethoven o de Brahms, son un manantial inagotable de temas; ello explica la influencia que su pensamiento continúa ejerciendo en nuestros días.

La crítica más reciente llega a la conclusión de que Hegel postula *un panteísmo del espíritu*, lo que le permitió escribir en el preámbulo de la *Filosofía del derecho*:

und was wirklich ist, das ist vernünftig.
Was vernünftig ist, das ist wirklich;

En el principio está la idea pura, razón universal o espíritu absoluto, que es idéntica a dios. Es una fuerza viva, esencialmente dinámica, que por ser espíritu y razón, está regida por el principio dialéctico de la oposición de los contrarios, expresada en una tesis y en una antítesis, las que, a su vez, se fusionan en una síntesis. Conviene precisar que la oposición se da entre *contrarios*, no entre *contradictorios*, diferencia que explica y, a la vez, es efecto del panteísmo, pues la tesis, que es fuerza dialéctica, guarda en potencia su antítesis, y ésta, a su vez, arrastra en su devenir un aspecto potencial de su tesis; solamente así es posible la síntesis, la cual, por participar de la naturaleza de sus fuentes, es también una fuerza dialéctica, que hace de ella misma una tesis, generadora de una nueva antítesis y de una segunda síntesis, y así sucesivamente, hasta el retorno al espíritu absoluto. El principio dialéctico de la oposición de los contrarios es ley necesaria del espíritu, o expresado con mayor precisión, pertenece a la esencia del espíritu, pues, de la misma manera que un ciego de nacimiento no conoce ni adquiere conciencia de lo que significan la luz y las tinieblas, así también el espíritu absoluto necesita oponerse a su contrario, a fin de adquirir conciencia de sí mismo. Sin género alguno de duda, la dialéctica es, originariamente, ley del espíritu, porque éste está en el principio y porque corresponde a su naturaleza racional, pero es asimismo la ley que rige todo lo real, puesto que y de conformidad con la frase transcrita: *todo lo racional es real y todo lo real es racional*; de ahí que la lógica, que es la ciencia del pensar, no sea una lógica puramente formal, sino que, además, sea una ciencia material, esto es, ella contiene la ley que gobierna la evolución de todo lo que es real, que es a la vez racional. Por último, la concepción panteísta permite a Hegel establecer que todo lo real participa del espíritu en grado menor o mayor, dependiendo de la posición que guarda en la evolución dialéctica del espíritu.

La filosofía hegeliana pretendió ser una enciclopedia del saber y se articula, de una manera muy general, en la lógica, la filosofía de la naturaleza, la filosofía del espíritu y la filosofía de la historia universal: el espíritu, impulsado por su esencia y por su ley, al salir de sí mismo, deviene naturaleza, y ésta, en la oposición

dialéctica entre mundos inorgánico y orgánico, entre reinos vegetal y animal, crea al hombre, primera síntesis suprema, con cuya aparición concluyen las páginas de la filosofía de la naturaleza y hace su entrada la del espíritu, desenvuelta en tres grados: la tesis es el espíritu subjetivo, la antítesis el espíritu objetivo, y la síntesis el espíritu absoluto que ha vuelto sobre sí mismo. El hombre es por esencia espíritu, pero al salir de la naturaleza lo es solamente en potencia, por lo que es movido por fuerzas ciegas, como la pasión y el egoísmo. La conciencia y la libertad suponen la oposición de los contrarios, por lo que resultan ser un producto de la sociedad y de la historia.

La oposición de las subjetividades conduce a la vida social, que es el campo donde mora el espíritu objetivo: su primera manifestación, que constituye la tesis, es el derecho, que puede caracterizarse como *el reino de la libertad realizada: sábete persona y considera a los demás como personas*, dice la fórmula espléndida del filósofo. La antítesis del derecho es la moral: aquel es la norma de la conducta externa, ésta de la interna, al primero le es suficiente que no se mate o se robe, a la segunda le interesa el motivo de la conducta. Una coexistencia humana regida exclusivamente por el derecho sería una vida casi mecánica, pero una sociedad gobernada por la sola moral es imposible; de ahí la necesidad de la síntesis, que es la vida ética de un pueblo, la unión entre el derecho y la moral, entre la conciencia y la acción:

> La ética es la idea de la libertad, el bien viviente que tiene en su propia conciencia su saber y su querer y que alcanza en su obrar su realidad. Es el concepto de la libertad convertido en mundo existente.[27]

La ética continúa el proceso dialéctico del espíritu, por lo que en la coexistencia humana van a ofrecerse los momentos de la tesis, de la antítesis y de la síntesis: Hegel parte también de la familia, la cual, "como sustancialidad inmediata del espíritu, tiene como destino el amor".[28] La familia acaba por escindirse en varias unidades, fenómeno que da origen a la antítesis, que es la sociedad civil. Dentro de esta extraordinaria construcción dialéc-

[27] *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (*Lineamientos fundamentales de la filosofía del derecho*), Frommanns Verlag, Stuttgart, 1952, p. 226.
[28] *Obra citada*, p. 237.

tica, la familia representa un principio esencialmente moral, en tanto la sociedad es el medio en que se satisfacen las necesidades materiales, por lo que representa un momento preponderantemente económico. En la sociedad se da la oposición de las clases sociales, regulada por la administración de justicia, concepto que debe entenderse en un sentido amplísimo. Finalmente, la síntesis suprema en la evolución dialéctica del espíritu objetivo es el *estado*, cuya idea está contenida en los párrafos 257 y siguientes de la *Filosofía del derecho*:

> *El estado es la realidad de la idea ética*; es el espíritu ético en cuanto voluntad manifiesta, claro por sí mismo, substancial, que se piensa y se conoce, y que cumple lo que él sabe y como lo sabe... El estado, como la realidad de la voluntad substancial, que posee en la conciencia de sí la individualidad elevada a su universalidad, *es lo racional en sí y por sí.*

La concepción panteísta permite concluir que todo participa de lo divino y así es el estado, en grado supremo con relación al hombre, a la familia y a la sociedad. En las *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*,[29] Hegel llegó a la sublimación del estado, más aún, a su divinización; de ahí su finalidad, que es de naturaleza universal y divina:

> El fin del estado consiste en que lo sustancial tenga validez, exista y se conserve en las acciones reales de los hombres y en sus intenciones... De ahí que no exista para los fines de los ciudadanos... *Lo divino del estado es la idea, tal como existe sobre la tierra.*

El estado es la idea divina, tal como existe sobre la tierra, conclusión que conduce al filósofo de Berlín a disolver al hombre en él:

> Sólo en el estado tiene el hombre existencia racional... En el estado la libertad se hace objetiva y se realiza positivamente... La educación debe enderezarse a que el individuo no siga siendo algo subjetivo, sino que se haga objetivo en el estado... El hombre debe cuanto es al estado. Sólo en éste tiene su esencia. Todo el valor que el hombre tiene, toda su realidad espiritual, la tiene mediante el estado.

[29] Hemos utilizado la traducción de José Gaos, *Revista de Occidente*, Madrid, 1928. Las dos transcripciones que siguen se encuentran en las pp. 83 y 82.

La realidad de la idea ética, lo racional en sí y por sí, tenía que ser soberano. Hegel es el verdadero creador de la doctrina de la soberanía del estado. Nuevamente fueron despojados de ella los hombres y otra vez apareció una potencia suprahumana como el legislador supremo, absoluto y perpetuo. Con el enterramiento de la democracia y del principio de la soberanía del pueblo, se produjo la nueva enajenación del hombre, aparentemente al estado, pero, en verdad, a la divinidad, puesto que aquél es *el espíritu, tal como existe sobre la tierra.* La concepción panteísta parece escrita en contra de Rousseau: la soberanía, como en los siglos pasados, volvió a ser una cualidad del poder como tal y ya no *el poder de la libertad para la libertad.* Ciertamente, el filósofo del Idealismo pretendió rechazar el reproche de despotismo, porque éste es la *ausencia de la ley,* pero la ley de que habla el maestro alemán no es la norma creada por los hombres libres para asegurar la libertad, sino la que realiza *el fin de la totalidad,* esto es, la que conduce, como diría Radbruch, a un *transpersonalismo panteísta*: la idea, que está en el principio, es el dios omnipotente al que han de subordinarse todas las voluntades. Las páginas de la *Filosofía del derecho* en que se habla del monarca han sido objeto de las más variadas interpretaciones: Hegel es un decidido y entusiasta defensor de la monarquía; en algún pasaje dice que la personalidad del estado sólo se hace real en el monarca, así como también que "el pueblo, considerado sin su monarca y sin la organización necesaria, es la multitud informe que no es estado"; y todavía se agrega que lo más cercano a la verdad es la tesis que funda la autoridad del rey en la divinidad. Pero si el monarca encarna la personalidad del estado y si es el intérprete de la idea, ¿no significa esta doctrina el regreso a la tesis del despotismo ilustrado?

Ahora bien, si la relación entre estado y hombre, esto es, el aspecto interno de la soberanía, condujo a un *totalitarismo de la idea,* la contemplación de su dimensión externa pone de relieve el segundo cambio que se ha operado en el concepto, tanto o más grave que el primero: el estado, expresión suprema del espíritu objetivo, al hacerse síntesis, se transforma en una tesis, a la que se oponen como antítesis todos los restantes estados de la tierra. En esta oposición de los contrarios se da la historia universal, que es el escenario en el que se presentan las grandes manifesta-

ciones del espíritu universal. Es *la idea*, que después de haber tomado conciencia de sí misma en su contacto con la naturaleza, se hizo espíritu objetivo en cada pueblo. La historia universal es el producto de las contradicciones y de lo que hay de eterno en las realizaciones de cada nación. En la concepción hegeliana no hay lugar para *una república universal*, pues esta individualidad única caería en un letargo permanente, del que sólo podría despertar cuando aparecieran sus contrarios. Hegel admite la posibilidad del derecho internacional y piensa que los tratados deben ser cumplidos, pero reserva al estado la potestad de ir a la guerra cuando juzgue, por sí y ante sí, que está empeñada su dignidad; más aún, el autor de las *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* piensa que en cada época histórica el espíritu absoluto habla por labios de un pueblo, por lo que éste tiene el deber de imponerse, sin consideración a los demás, a fin de cumplir el llamado del dios y objetivar el espíritu absoluto. Con Hegel se inicia la era de *la soberanía imperialista*.

2. Cuando Jorge Jellinek escribió su *Teoría general del estado*, el imperio creado por Bismarck en el Palacio de Versalles había alcanzado un grado de esplendor incomparable. Su poderío militar y económico creó en sus hombres la conciencia del triunfador; seguros de sí mismos, los profesores de las universidades se lanzaron por todos los caminos del saber y de la técnica, contribuyendo en forma magnífica al progreso de la cultura y de las artes. Tal vez pensaron que se había cumplido la profecía hegeliana y que el espíritu hablaba por ellos a la humanidad. Se explica así que el eminente maestro de Heidelberg fuese un enamorado de su estado y de su derecho y que creyera que los principios, normas e instituciones que lo constituían, tenían un sentido y una validez universales. Jellinek es otro trovador de su estado.

El gran teórico de Heidelberg vivió en un torbellino de contradicciones, que no siempre se han puesto de relieve, y cuya causa es la pluralidad de las corrientes filosóficas y científicas de su tiempo: sin género alguno de duda, no es hegeliano y sin embargo, las ideas del maestro, desprovistas, claro está, de su ropaje metafísico, estarán presentes en todas las páginas del libro: el estado como algo distinto de la sociedad y de su gobierno, la negación del derecho natural de los hombres, el repudio de la democracia

y de la doctrina de la soberanía del pueblo, la atribución de la soberanía al estado y aun la preferencia por la monarquía. Jellinek se educó y vivió en el *positivismo* y su libro y el título que lleva, son paralelos a la disciplina que se llamó *Teoría general del derecho*. Una y otra se caracterizan por la convicción de que el conocimiento de los hechos, tal como han ocurrido, y su comparación, permiten deducir las constantes, cuyo conjunto constituye el conocimiento científico. Es curioso observar cómo las conclusiones a que llega Jellinek son diametralmente opuestas a las de los positivistas franceses: Duguit niega toda realidad al estado, porque la experiencia no la ha descubierto nunca, razón por la cual lo reduce al simple hecho de la diferenciación entre gobernantes y gobernados, en tanto el maestro alemán, aun negando su realidad óntica, le hace titular de la soberanía, entendida como la potestad de auto-determinarse.

Siguiendo a los positivistas de su tiempo, Jellinek sostuvo que el estado puede analizarse desde dos puntos de vista: sociológico uno, jurídico el otro. Colocándose en el primero y con estricto apego al método experimental, el antiguo maestro de Heidelberg afirma, acertadamente en este problema, que el estado no es una substancia, sino una función, quiere decir, consiste en las relaciones humanas que se dan entre dominadores y dominados. Pero para que estas relaciones integren un estado es preciso que se reduzcan a una unidad; por lo tanto, el estado es la unidad que resulta de un tipo especial de relaciones humanas. La unidad estatal está determinada, según la doctrina que comentamos, por el territorio o unidad espacial, por el pueblo o unidad histórica, por la forma más o menos permanente de sus instituciones, órganos y poderes, o unidad formal, y por las finalidades o unidad teleológica. Esta última especie de la unidad estatal es particularmente importante, pues los fines que persigue el estado son más numerosos y constantes de los que se proponen otras asociaciones humanas. Todas estas maneras de ser de la unidad estatal contribuyen a dotarle de un poder de mando, que tiene su fuente en el mismo estado, o mejor aún, en su unidad espacial, histórica, formal y teleológica, una fuerza que no proviene de otra u otras unidades, pues si, a ejemplo, su unidad espacial formara parte de otra unidad espacial, mayor ésta y no ella, es la que dispondría de un poder de mando originario. Al través de esta brillante ex-

plicación, Jellinek ha llegado al concepto de soberanía, que se define como *el poder de mando originario, el que no depende de otro, de una unidad espacial, histórica, formal y teleológica.* Por otra parte, la consideración jurídica nos dice que el estado es una persona, a la que se da el nombre de corporación: Jellinek comparte la disociación de los conceptos *hombre* y *persona* y aduce, para probar su tesis y como el ejemplo mejor, la esclavitud o servidumbre; según esta concepción, el hombre no es persona por el hecho de ser hombre, sino que esta calificación es una categoría del orden jurídico; *el concepto persona es meramente jurídico* y "no corresponde a nada objetivamente perceptible en el mundo de los hechos".[30] El maestro de Heidelberg parece adoptar la doctrina de Ihering sobre la naturaleza de las personas colectivas: *un procedimiento técnico de simplificación de las relaciones jurídicas, que permite presentar como una unidad externa la pluralidad de las relaciones internas.* Reuniendo los resultados de los dos análisis, el distinguido maestro escribió una de las más precisas y bellas definiciones del estado:

> *La corporación territorial dotada de un poder de mando originario.*

Un capítulo imperecedero desarrolla la doctrina de la soberanía: nació como un concepto político, pero se ha transformado en uno jurídico: *fue cualidad de un poder humano, de los reyes o del pueblo, ahora es la potestad necesaria de auto-organizarse o autodeterminarse,* esto es, *la potestad, que es una necesidad, de darse un orden jurídico.* Los teóricos de la soberanía no han percibido el cambio, pero ello se debe a que han incurrido en dos errores: no se han dado cuenta de que la soberanía es un concepto formal, carente de contenido; es, según lo expuesto, la potestad de autoorganización o auto-determinación, esto es, la potestad, como *potestad pura,* de darse una organización cualquiera o de adoptar cualquier determinación. La soberanía no es la suma de las atribuciones que ejerce una corporación, ni es tampoco el continente de ellas, sino la posibilidad de crear atribuciones, de señalarse libremente atribuciones. Una corporación no puede existir sin un orden jurídico, porque el caos es una posibilidad teórica, mas no real, pero el contenido del orden jurídico es la organización que se

[30] *Obra citada,* p. 183.

da o la determinación que adopta la corporación soberana, pudiendo adoptar otro u otros contenidos. Así se demuestra que la soberanía se ha transformado en un concepto jurídico: *es la potestad necesaria de darse un orden jurídico, pero determinando libremente el contenido,* o expresado en otros términos: *el orden jurídico como forma es necesario,* de ahí que la soberanía sea un concepto jurídico formal, *lo que es libre es su contenido.* El segundo error consiste en la confusión entre la soberanía del estado y lo que se llama impropiamente la soberanía del órgano: el estado, como todas las personas colectivas, sólo puede expresarse por sus órganos, pero la condición de supremacía de uno de ellos, esto es, la atribución concreta a uno de ellos de constituir la instancia suprema, encargada de fijar las normas constitucionales e interpretarlas, no le atribuye la soberanía, pues ésta es la potestad de determinar el órgano supremo, pudiendo señalar otro. Según esta doctrina, el pueblo o el monarca o el parlamento no es ni puede ser el titular de la soberanía, sino únicamente el órgano supremo de la corporación. Ocurre preguntar si esta doctrina no es una reproducción del pensamiento hegeliano: *la soberanía corresponde al estado, pero la personalidad estatal sólo se hace real en el monarca.* ¿Y no es, en todo caso, una degradación del pueblo y la negación de su libertad, el convertirlo en un órgano del estado, en lugar de ver en él al creador libre de su organización y de su derecho?

Así se inició el proceso que Heller llama *la despersonalización del estado y la creación de una ciencia del derecho sin derecho.* Nos parece, sin embargo, que en Jellinek se marca más la parte segunda que la primera: es cierto que la *persona estado* "no corresponde a nada objetivamente perceptible" y que es "un procedimiento técnico de simplificación de las relaciones jurídicas", así como también que este llamado *procedimiento* sería el titular de la soberanía; pero Jellinek, por lo menos, parte de las relaciones entre dominadores y dominados para buscar su unidad y es a esta *unidad abstracta* a lo que denomina estado. En cambio, la distinción entre soberanía del estado y supremacía de un órgano determinado tiene toda la apariencia de un artificio contradictorio: "un estado no puede existir sin un conjunto de órganos, porque ello equivaldría a la anarquía", dice el maestro alemán,[31] pero

[31] *Obra citada,* p. 544.

puesto que la soberanía es la potestad de auto-organización, esto es, de determinar sus propios órganos, sería necesario que el estado y su órgano supremo coexistieran, ya que el estado no puede expresarse sino al través de su órgano supremo y éste no puede existir sin una determinación previa de aquél, pero si esa coexistencia se da, la diferencia entre soberanía del estado y supremacía de un órgano, el pueblo, el rey o el parlamento, desaparece. Pero no son las contradicciones lógicas las que nos preocupan, sino el vaciamiento del derecho y la consecuente negación de los valores humanos, sociales y culturales y, particularmente, las dos tesis siguientes, que Jellinek comparte con los neo-kantianistas: en primer término, la doctrina que niega al hombre su cualidad natural de persona y que hace de ésta una categoría jurídica, determinada libremente por el estado, lo que hace posible que el titular de la soberanía señale arbitrariamente cuáles de los hombres serán personas y cuáles cosas, siervos o esclavos. Y en segundo lugar, la que declara que el contenido del orden jurídico puede ser justo o injusto, lo que implica que un régimen de libertad y uno de esclavitud son igualmente jurídicos. Jellinek, sin embargo, trató de aminorar la fuerza de su conclusión, con lo que cayó en una nueva contradicción: el derecho, dice, sólo puede darse entre hombres libres, por lo que *una plantación de esclavos* sólo tendría de estado el nombre; pero si los hombres no son libres por el sólo hecho de ser hombres, ¿cómo puede haber hombres libres antes de que el estado determine quiénes lo son?, quiere decir: ¿si sólo la persona puede ser libre, cómo pueden darse las relaciones jurídicas que integran el estado, antes de que éste determine quiénes son personas?

3. Tampoco podemos, por razones de espacio, hacer una descripción amplia del pensamiento kelseniano. El célebre fundador de la *Escuela vienesa* y creador de la *Teoría pura del derecho*, presenció y se sintió arrastrado por el auge del *positivismo* y por los esfuerzos de la *Escuela de Marburgo* para revivir la afición por los estudios filosóficos, una unión que puede ser la primera contradicción del sistema. Decepcionado, según parece, de la variabilidad del derecho, cuyo contenido en Grecia, Roma, la Inglaterra y la España medievales, la Francia costumbrista, los siglos del absolutismo y del despotismo ilustrado, la Revolución Fran-

cesa y en el siglo XIX, era sensiblemente distinto —¿no será la constante del derecho la lucha de los hombres por la libertad, la igualdad y la dignidad?—, llegó a la conclusión de que la concepción formalista de Cohen y de Natorp, la que se ostentaba, además, como un *a-politicismo,* tan de moda a fines del siglo pasado, era el único camino que permitiría construir una *teoría pura del derecho con validez científica.* Kelsen resolvió que lo jurídico es la forma y no el contenido de los mandamientos, por lo cual, la misión de la ciencia del derecho consiste en determinar, con independencia absoluta de la realidad, los caracteres del derecho. La primera consecuencia que se deducirá de este planteamiento es el llamado *principio de la pureza del método,* según el cual, el método de la ciencia del derecho debe apartar cuidadosamente todo ingrediente biológico, social, político o económico. Por lo tanto, Kelsen rechaza la posibilidad jellinekiana de una doble consideración del estado o del derecho: sin duda, uno y otro pueden ser estudiados por la sociología o la economía o la historia, pero los estudios son distintos, pues la ciencia del derecho es ciencia de las formas, en tanto las otras lo son de las realidades sociales, económicas, etcétera; de ahí que las conclusiones que se obtengan al través de estos últimos estudios no ejercen ni pueden ejercer influencia alguna sobre la ciencia del derecho. Así se consumó el proceso que Heller denomina: *el vaciamiento de la ciencia del derecho y la elaboración de una teoría pura del derecho sin derecho.*

El maestro de la Ciudad Imperial, algunos de cuyos más brillantes discípulos, hoy apartados de su pensamiento, son Alfred Verdross y Joseph Kunz, fundó sus conclusiones en la vieja distinción kantiana entre las dos categorías o formas del conocimiento: *el ser y el deber ser.* En cuanto formas lógicas son irreductibles la una a la otra, si bien pudiera existir un punto de unión más allá de la lógica. De esta irreductibilidad derivan los dos principios siguientes: *de que algo sea no se deduce que deba ser y de que algo deba ser no se deduce que será;* el segundo principio dice que un *ser sólo puede derivar de otro ser y un deber ser de otro deber ser.* La existencia de las dos formas del conocimiento conduce a la distinción entre *las ciencias del ser o ciencias de la naturaleza y las ciencias del deber ser o ciencias normativas;* el primer grupo considera la naturaleza tal como es, el acaecer real de los hechos y de los fenómenos y las relaciones que entre ellos existen, en tanto el

segundo se ocupa de las normas que dicen a los hombres lo que deben hacer y aquello de que deben abstenerse. Las ciencias del ser nos entregan las leyes de la naturaleza, las que son definidas por Kelsen,[32] siguiendo a Heimholz:

> Cada ley natural expresa que dados ciertos antecedentes, iguales en determinados aspectos, siguen siempre consecuentes que son, asimismo, iguales en determinados aspectos.

A su vez, las ciencias del deber ser se ocupan de las normas o reglas de conducta, que al decir lo que debemos hacer o no hacer, plantean la exigencia de una conducta determinada, de un ser o no ser.

Ahora bien, las leyes de la naturaleza, por referirse al ser, expresan una relación necesaria entre los fenómenos reales, mientras las normas, puesto que señalan un deber ser, son independientes de su cumplimiento, quiere decir, éste puede o no ocurrir y, por lo tanto, no hay ni puede haber una relación necesaria.

En un párrafo de insuperable calidad, Kelsen demuestra que la ciencia del derecho es normativa:[33]

> El carácter normativo de la ciencia del derecho se exterioriza, ante todo, negativamente, por cuanto su propósito no es la explicación del acaecer real, esto es, de lo que ocurre en el mundo del ser, de tal manera que no es una disciplina explicativa ... Y positivamente, porque tiene como objeto normas, de las cuales y no de los hechos reales que dependen de la ley de causalidad, tiene que desprender los conceptos con los que trabaja.

Es en este momento de la exposición donde aparece con máxima claridad la postura positivista de Kelsen: la ciencia normativa no es imaginación, ni puede trabajar con cualquier tipo posible de normas, sino, exclusivamente, con las que rigen efectivamente la conducta de los hombres, esto es, con lo que se llama el derecho positivo. El llamado derecho natural, suponiendo que fuese un problema real y no meramente aparente, se relaciona con el contenido de las normas y es, en el mejor de los supuestos, una respuesta metafísica a la cuestión relativa al origen y fundamento

[32] *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (*Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del estado*), Verlag von J. C. B. Mohr, Tubinga, 1923, p. 5.

[33] *Obra citada*, p. 6.

últimos de dicho contenido, pero no puede ser el objeto de estudio de la ciencia del derecho.

Nos estamos aproximando a los aspectos cruciales del pensamiento kelseniano: la naturaleza es única y, por lo tanto, todos los fenómenos que ocurren en ella y las leyes que los expresan se relacionan hasta constituir una unidad cuya base, esto es, su principio último y fundamental, es *la ley de causa a efecto*: *un fenómeno sin causa es imposible, porque escindiría el universo*. La misma situación se da en cada orden jurídico parcial; Kelsen ha descrito con extraordinario rigor el principio de la jerarquía de las normas que deriva, entre otros preceptos, del artículo sexto de la Constitución norteamericana: para formar parte de un orden jurídico positivo, cada norma, y por tal debe entenderse lo mismo la general que el acto jurídico individual, tiene que derivar formalmente de otra más general o superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma más general, la que recibe el nombre de *constitución*. A este derivar unas normas de otras es a lo que se denomina *el principio de validez de las normas jurídicas*. Pero si cada norma tiene que derivar de otra para ser válida, ¿cuál es la norma que da validez a la constitución? La respuesta kelseniana merece transcribirse: [34]

> Si inquirimos por qué la constitución es válida, tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea.

Es ahora cuando Kelsen se olvida de que existen la sociedad y los hombres y a fin de respetar el principio de la irreductibilidad del conocimiento declara que debemos suponer válida esa norma y, por lo tanto, respetarla:

> La validez de esta primera constitución es el supuesto último, el postulado final de donde depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera constitución. *Esta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión* . . . Toda la función de esa norma bá-

[34] *Teoría general del derecho y del estado*, traducción de Eduardo García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1949. Esta y las dos transcripciones siguientes se encuentran en las pp. 118, 119 y 120.

sica consiste en conferir el poder creador de derecho al acto del primer legislador y a todos los demás actos en él basados. Interpretar tales actos como actos jurídicos y el producto de tal actividad como normas obligatorias... sólo es posible a condición de que la norma básica se presuponga como válida. Esta última norma es el presupuesto necesario de toda interpretación positivista del material jurídico.

Dice Hermann Heller que estamos delante de dos normas básicas: una, la constitución positiva, "la establecida por un usurpador o por alguna especie de asamblea" y otra, la norma hipotética, cuya única función consiste en otorgar validez a la constitución del usurpador o de la asamblea. ¿Cuál es la naturaleza de esta norma? La respuesta nos arroja al abismo que existe entre la vida social y humana y la *Teoría pura del derecho*:

> La norma básica no es formulada mediante un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho. A diferencia de la norma jurídica positiva, la norma básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida; y tal suposición se hace, porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas.

Kelsen destruye enseguida el concepto de soberanía que formaron los hombres en quince siglos de lucha y la atribuye "al orden jurídico creado por un usurpador o por una especie de asamblea", el que debemos suponer válido, pues, si no aceptamos el supuesto, no podríamos entender qué es lo jurídico, ni construir la *Teoría pura del derecho*. Para llegar a esta conclusión, el fundador de la Escuela Vienesa disuelve el estado en el orden jurídico, a cuyo fin, y en armonía con *el principio de la pureza del método*, crea un abismo entre los conceptos de hombre y persona: el objeto de la ciencia del derecho no es el hombre, ser físico-biológico, sino la persona, lo que se comprueba, ante todo, porque, "si bien el hombre es persona, la persona no es el hombre",[35] toda vez que, además de las personas físicas, existen las llamadas jurídicas, denominación ésta notoriamente impropia, pues la persona, lo mismo cuando se trata del hombre, de los grupos sociales o de las fundaciones, siempre es un concepto jurídico. Sin duda, el derecho se refiere a la conducta de los hombres, pero este refe-

[35] *Teoría general del estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, edición fotomecánica, México, 1959, p. 82.

rirse significa únicamente que "determinada conducta de un hombre constituye el contenido de una norma jurídica" y más concretamente, "de un deber o de una facultad". La norma jurídica puede referir el deber o la facultad, bien al hombre autor de la conducta, bien al grupo en cuya representación actúa o a los bienes que constituyen la fundación, pero, en las tres hipótesis, lo único que considera la ciencia del derecho es la norma jurídica y nunca al hombre, al grupo social o a los bienes. Partiendo de estas ideas se llega a la conclusión de que la persona es "el complejo de normas jurídicas que se refieren a la conducta de un solo hombre", grupo o fundación, de lo cual, a su vez, se deduce, que la persona es "un punto central de imputación de un haz de normas jurídicas", punto cuya determinación corresponde al orden jurídico, pudiendo ser un hombre, un grupo o una fundación. Es frecuente, agrega el profesor austriaco, que se diga que la persona *quiere* determinada acción, así como también que este *querer* es un acto de voluntad, pero esta voluntad debe ser separada de lo que la psicología llama voluntad, pues "que la persona *quiera* la acción no significa otra cosa sino que esta acción es referida a ella, porque es querida por el orden jurídico personificado en la persona, es decir, porque es jurídicamente debida". Los maestros del derecho no habían entendido estos conceptos, por la creencia de que las cosas son algo más que el conjunto de sus cualidades, una especie de *substancia en sí*, pero esta interpretación que, a ejemplo, cree en la existencia del alma de un árbol, es una duplicación animista innecesaria.

Precisado el concepto de persona, Kelsen se ocupa de la distinción entre el estado y las restantes personas:[36]

> Mientras la persona jurídica es únicamente la expresión de la unidad de un orden jurídico parcial, cuya validez procede de un orden complejo que abarca a él y a todos los restantes órdenes parciales, la persona no representa una relación definitiva, sino meramente provisional; no es un punto último, sino un punto intermedio de la imputación: *como punto último se acepta, en principio, la persona del estado.*

En vista de la explicación que antecede, podemos concluir diciendo que *el estado es la personificación del orden jurídico con-*

[36] *Obra citada*, p. 93.

tenido en la constitución, toda vez que es ella la que engloba todos los órdenes jurídicos parciales y la que determina cuáles acciones deben referirse a la nación.

Una vez disuelto el estado en el orden jurídico, el problema tradicional de la soberanía desaparece, pues la soberanía deja de ser, según decía Hobbes, el poder del príncipe o asamblea para dictar el derecho a los hombres, o, de conformidad con la fórmula rousseauniana, el poder de los hombres para determinar y asegurar su libertad. La soberanía se transforma en una cualidad del orden jurídico personificado en el estado y significa que el orden en cuestión es total y supremo, quiere decir, un orden que ya no es susceptible de fundamentación en otro superior: *decir que el estado es soberano, es afirmar que el orden jurídico que personifica es supremo*. No debe olvidarse que este orden jurídico supremo, personificado en el estado y al cual están incondicionalmente subordinados los hombres, es "la constitución impuesta por un usurpador o por una especie de asamblea".

Una crítica de las doctrinas de la Escuela de Marburgo desborda los propósitos y posibilidades de este estudio: cuando apareció en el año de 1911 el libro de Hans Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (*Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del estado*), la filosofía alemana regresaba de los funerales del Neo-kantianismo marburguense: en el año de 1910 se publicó la primera edición de las *Investigaciones lógicas* de Edmundo Husserl, una de las fuentes de la filosofía fenomenológica; y en 1913 Max Scheller vio salir de las prensas la primera parte de *El formalismo en la ética y la ética material de los valores*, fuente de una pluralidad de corrientes opuestas al formalismo de Kant, de Cohen y de Natorp. Surgió esa Escuela en una etapa de decadencia del pensar filosófico y fue la obra de una generación que no tuvo valor para crear su filosofía y enfrentarse a la circunstancia de su tiempo, que no supo, como diría Hegel, *hacerse la conciencia de su tiempo*; de ahí que cayera en un formalismo estéril y que constituya una renuncia a enfrentarse a su mundo, un encerrarse, como los escolásticos medievales, en un mar de razonamientos puros, sin conexión alguna con la realidad. En *Mi vida*, relata León Trotzky que cuando el proletariado alemán esperaba en la Avenida Unter den Linden la decisión sobre el futuro político y jurídico de la nación, Rodolfo Stammler se asombraba de

que los trabajadores y los soldados no concurrieran a su cátedra a escuchar sus lecciones sobre *el derecho formalmente válido, aunque materialmente fuese injusto.* Ese razonar sobre *la nada jurídica y estatal* pertenece al pasado, a un pasado olvidado, que quizá no fue siquiera una explicación clara de la grandeza pensante de Kant.

Tampoco podemos hacer una crítica exhaustiva de la *Teoría pura del derecho* y más bien nos limitamos al análisis de algunas de las consecuencias que origina sobre el saber de los juristas. La primera observación que nos ocurre se refiere, precisamente, a la pobreza de su concepto de la ciencia del derecho: si la misión del jurista ha de limitarse a determinar cuáles son las normas que forman parte del orden creado por "un usurpador o una especie de asamblea"; si no pertenece al jurista juzgar de la validez axiológica del derecho, ni proporcionar el contenido del derecho justo del mañana; si nuestra ciencia ha de dejar el estudio del contenido del derecho a los sociólogos, economistas, historiadores, etcétera; si el deber del jurista, en su calidad de juez, no es buscar, detrás de las fórmulas legales, el sentido humano de lo justo —¿y cómo podría hacerlo si lo jurídico es simple forma y la ciencia del derecho no ha de tener contacto alguno con la realidad para no manchar su pureza formal?—; si esto es así, habría que decirles a las universidades que cierren las escuelas de derecho por inútiles. Pero a quienes así piensen, hay que recordarles la definición romana de la jurisprudencia:

> *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.*

Y habría que decirles que fue el derecho creado por los hombres que sabían de las cosas divinas y humanas el que ha regido los destinos de los hombres por más de dos mil años.

La *Teoría pura del derecho,* como su progenitora de Marburgo, es una fuga ante la vida. A ella se le puede aplicar la alegoría platónica: si al salir de la caverna cierran los kelsenianos los ojos para no contemplar *el ser,* si prefieren vivir en el reino de las formas, el diálogo se hace imposible. Si el derecho, como la moral, es un conjunto de reglas de conducta que dice a los hombres lo que deben hacer o no hacer, entonces, las normas son, ante todo, contenido, esto es, preceptos o principios materiales, puesto que

cada una de ellas determina una acción como permitida o prohibida. En relación con este tema, Hermann Heller ha puesto de relieve que las reglas de la conducta se dirigen a la razon, a la conciencia o a la voluntad y que sólo a ellas pueden referirse, ya que no pueden darse órdenes a las cosas, a los pensamientos como tales o a las formas puras; pero la voz que habla a la razón, a la conciencia o a la voluntad, no puede ser un sonido puro que nada le diga, sino un contenido pleno de sentido. El propio Heller demuestra que la *Teoría pura del derecho* es una dolorosa confusión entre la validez lógica de los juicios y la validez jurídica de las normas que, efectivamente, cumplen los hombres en la vida social. Los dos conceptos son esencialmente distintos, pues una cosa es la manera correcta de razonar y otra bien distinta la que se refiere a la validez de lo que los hombres debemos hacer: en efecto, si dejamos a un lado el problema del derecho natural y partimos del derecho positivo como el ordenamiento que efectivamente cumplen los hombres, esto es, como algo dado, o como dicen los alemanes, como un *estar ahí, ein Dasein*, resulta que el derecho, conjunto de normas que viven y cumplen los hombres, es, ante todo, *un ser*. Además, si como sostiene uniformemente la doctrina, incluyendo a Kelsen, una sociedad no es una muchedumbre de hombres, sino una coexistencia humana conforme a un orden, y si es verdad que suprimido el concepto de *orden* desaparece también el de *sociedad*, nos parece ineludible la conclusión: *ubi societas, ibi jus*. El mismo Kelsen se dio cuenta de que la separación abismal entre el ser y el deber ser era imposible, pues, ¿cómo puede decirse positivo un deber ser jurídico que carece de toda positividad? De ahí que el célebre jurista exija un grado más o menos alto de efectividad o facticidad del orden jurídico. Cuando se habla del derecho positivo como un deber ser, se olvida frecuentemente que una cosa es el orden jurídico como totalidad y otra cada una de las normas que lo constituyen: éstas, sin género alguno de duda, pueden violarse o dejar de aplicarse, sin dejar por ello de formar parte del orden jurídico; pero el problema es distinto cuando se trata de la violación o no aplicación del orden jurídico como totalidad, porque, o caemos en el caos y en la desaparición de la sociedad o en la substitución del orden jurídico violado o no aplicado por uno nuevo, dentro del cual volverá a darse el fenómeno de la violación de sus normas particulares. De

lo expuesto se deduce que la existencia del derecho como orden positivo de una comunidad, no plantea ni requiere, una justificación lógica, sino sólo una jurídica, por lo cual, como dice Hermann Heller, *la norma hipotética fundamental es absolutamente innecesaria*. No podemos concluir estos razonamientos sin señalar el hecho de que el *estar ahí* el derecho positivo plantea dos cuestiones de la más alta trascendencia, a las que infortunadamente no podemos dar aquí una respuesta: primeramente, si todo orden social, por el sólo hecho de *estar ahí*, es un orden jurídico, o si, por lo contrario, debe distinguirse este concepto del *orden de poder arbitrario*; la segunda cuestión remite al problema axiológico de los valores. Conviene agregar, dentro de este mismo orden de ideas, que el propio Kelsen se encarga de destruir su normativismo: en efecto, en la búsqueda de la primera constitución llega a la norma impuesta por el famoso "usurpador o por la especie de asamblea"; pero, ¿no es esto la negación del normativismo, toda vez que el orden jurídico positivo es impuesto por una voluntad humana? y, ¿no equivale esta conclusión al otorgamiento de la soberanía a quien impone la constitución? Nótese que la que impone la constitución no es ni puede ser la llamada por Kelsen *voluntad jurídica*, sino la voluntad psíquica, la del ser físico-biológico-espiritual que es el hombre. Además, las reglas de la lógica no nos dicen *por qué tenemos que suponer* válida esa norma. Usamos conscientemente el verbo *tener* y no el verbo *deber*, porque son dos conceptos distintos, toda vez que el primero significa una *acción necesaria*, en tanto el segundo se refiere a algo que *puede o no ser*. La afirmación kelseniana: *sin esa suposición no podemos construir la Teoría pura del derecho*, lleva en sí misma su respuesta: *tanto peor para la Teoría pura del derecho*, pues la teoría que se basa o tiene que fundarse en un desatino prueba, por ese solo hecho, su falsedad e inutilidad.

Con mayor intensidad que en el caso de Jellinek, las consecuencias éticas que se desprenden del formalismo logicista de la Escuela de Viena son de una gravedad suma: la suposición de la norma hipotética fundamental, sin cuya ayuda, dice Kelsen, no es posible la conceptuación jurídica de las acciones de los hombres, si recordamos que sirve para dar validez a la norma dictada "por un usurpador o una especie de asamblea", conduce a un *a-moralismo político y jurídico*, que tal vez habría hecho enrojecer a Maquia-

velo: el florentino aconsejó al príncipe "ser bueno o no bueno", de acuerdo con las circunstancias, en tanto Kelsen declara que la primera constitución, la impuesta "por un usurpador o una especie de asamblea", cualquiera sea su contenido, debe reputarse jurídica, pues, de otra manera, el jurista tendría que clausurar su ciencia. Este a-moralismo se ratifica si consideramos que Kelsen se conforma con que la constitución primera tenga cierta efectividad —¿no es el caso de los Somoza en Nicaragua?— para que tengamos que suponerla válida. Es posible que algunos piensen que abusamos de la frase: "un usurpador o una especie de asamblea", pues bien podría ocurrir que fuese un párrafo infortunado, mas no es así: la frase kelseniana conviene a las mil maravillas al imperio alemán de 1870, creado por "esa especie de asamblea", la de los príncipes alemanes victoriosos, cuando se reunieron en el Palacio de Versalles sin ninguna intervención del pueblo; y es asimismo indudable que la fórmula en cuestión justificaba plenamente el régimen de la burguesía.

La disociación del concepto *hombre-persona,* de la que Kelsen no es el creador, sino el continuador, tiene como efecto la negación de los valores humanos, pues el hombre, como ser físico-biológico, no puede ser titular de valores éticos y jurídicos. Pero más grave es la afirmación de que el orden jurídico, al que tenemos que suponer válido para no disgustar a la lógica, puede disociar los conceptos y hacer a unos hombres personas y a otros no. El célebre jefe de la Escuela de Viena, hablando de la personalidad de las comunidades, la que en principio niega, se expresa en los términos siguientes: [37]

> El derecho puede atribuir o no personalidad jurídica a los hombres —hay hombres que, como los animales, carecen de personalidad. Que el derecho conceda personalidad jurídica al hombre o sólo a ciertos hombres, significa únicamente que la conducta del hombre (o sólo la de ciertos hombres) se convierte, de modo específico, en contenido de las normas del derecho.

Es cierto que Aristóteles recogió el pensamiento griego y habló de la existencia de esclavos por naturaleza, pero, por lo menos desde el cristianismo, el mundo camina hacia una segunda tesis: *el hombre, por su cualidad de hombre, es persona.* Esta concepción

[37] *Obra citada,* p. 89.

humanista descansa en la idea de que *el hombre es una substancia en sí*, que se distingue de los restantes seres por su racionalidad: *el hombre es la única criatura racional*; por lo tanto, no es posible, sin obrar en contra de la naturaleza, convertir al hombre en bestia o en cosa. Ni siquiera Hegel, el deificador del estado, se atrevió a semejante desatino. La tesis kelseniana fue refutada por el misionario venerable fray Bartolomé de las Casas, cuando sostuvo que el indio mexicano era una criatura racional y, en consecuencia, una persona; solamente así se pueden fundar la igualdad y la libertad de todos los hombres. En cambio, si se adopta la teoría del antiguo profesor de la Universidad de Viena, habría que admitir que el nacionalsocialismo pudo decidir jurídicamente que los judíos no eran personas, que no gozaban de la protección de las leyes y que, como las bestias o las cosas, podían ser aniquilados; y también habría que aceptar que el estado norteamericano pudo negar los derechos políticos y algunos civiles a los hombres de color.

La doctrina de la soberanía del orden jurídico es nuestra antigua conocida, pero en ella se marcan nítidamente dos tendencias: en la primera posee un sentido ético indudable, mientras que en la segunda se coloca a las órdenes del poder. Sin duda, fue usada por la Iglesia para afirmar su poder, pero, al mismo tiempo, se daba al orden jurídico un contenido ético absoluto de origen divino; y en el siglo de las luces fue también un intento, pleno de sentido ético, a fin de demostrar la aptitud de la razón para imponer un orden jurídico universalmente justo. La historia de la idea cambió su ruta en el periodo de la Restauración, pues entonces se empleó para dar validez a la *Carta constitucional* de Luis Felipe de Orleans y apuntalar la monarquía, esto es, la doctrina de la soberanía del orden jurídico sirvió para ocultar el divorcio entre el pueblo y el poder. Kelsen es un continuador de esta segunda postura: si la constitución impuesta por "un usurpador o una especie de asamblea" es soberana, si la función de la norma constitucional es ocultar la posición del usurpador, si tenemos que otorgar validez a los actos de este personaje para construir un razonamiento puro, ¿no estamos legitimando el poder del usurpador y atribuyéndole la soberanía? Por lo demás, la pretendida disolución del estado en el derecho y la atribución de la soberanía al orden jurídico es la antítesis del pensamiento democrá-

tico y un aspecto más de la negación de los valores de la persona humana: ninguna postura que parta del orden jurídico y lo imponga a los hombres, puede reputarse democrática; esta forma de vida sólo se da, si se reconoce en el *hombre-persona* y en el pueblo constituido por *hombres-personas*, la fuente única del derecho y de los poderes públicos destinados a hacerlo cumplir. Si comparamos la doctrina de la soberanía del pueblo con la *Teoría pura del derecho*, encontraremos que la idea de Juan Jacobo sirvió para destruir *l'Ancien régime* y abrir las puertas a la libertad, en tanto el logicismo kelseniano es un razonamiento puro, que lo mismo puede ponerse al servicio del hombre que al de los dueños de esclavos.

VII

Cuando concluyó la Primera Guerra Mundial, los hombres y los pueblos creyeron que había pasado la pesadilla apocalíptica del imperialismo y que se preparaba una era de convivencia pacífica. Esta creencia condujo a un nuevo análisis de la idea de la soberanía, pues numerosos espíritus, particularmente de juristas, vieron en ella el mayor obstáculo para que los estados y los pueblos respetaran el derecho internacional. De ahí surgió el nuevo dilema: *soberanía de los estados* o *derecho internacional*. A fin de evitar equívocos, conviene precisar los términos de la controversia con la mayor claridad y desentrañar las cuestiones que se ocultan detrás del dilema.

Si se analiza la historia moderna se descubrirá que los dos grandes fundadores del derecho internacional: Vitoria, quien al igual que Bodino vivió sumergido en el pensamiento medieval y, consecuentemente, en la idea de un orden jurídico divino, y Hugo Grocio, quien, en armonía con el pensamiento renacentista, habló de un derecho natural fundado en la naturaleza racional del hombre, superaron el dilema: *soberanía de los estados* o *derecho internacional*, toda vez que, de conformidad con su pensamiento, el orden jurídico constituye una unidad, bien porque fue creado por dios, bien porque fluye de la naturaleza racional del hombre; el derecho humano, en los dos pensadores, es la adaptación del derecho divino o natural a las circunstancias particulares de cada pueblo. Según estas doctrinas, los hombres están obligados a respetar el derecho divino o natural, lo mismo en las relaciones in-

ternas de cada nación que en aquellas otras que tienen lugar, ya entre los hombres de pueblos distintos, bien entre distintas naciones. Los siglos posteriores de la Edad Moderna, según lo muestran los apartados precedentes, se ocuparon, principalmente, de la controversia: *monarquía o democracia;* sin embargo el pensamiento democrático rousseauniano, que funda el derecho en el hombre, lleva, indefectiblemente, a la tesis de la unidad de principios en las relaciones entre los ciudadanos de una misma nación y entre las naciones, pues *el hombre que aspira a ser el igual de los demás para gozar de la libertad, no puede querer, al mismo tiempo, ser el amo o el esclavo de los hombres de otras naciones.*

A diferencia de los anteriores, el siglo XIX no fue propicio a la justicia internacional: Lenin ha dicho acertadamente que en esas décadas se verificó *el tránsito del capitalismo al imperialismo;* si el primero fue un esfuerzo por acelerar el desarrollo de la industria nacional, el segundo es la guerra entre las economías nacionales para apoderarse de los mercados mundiales. Uno y otro son actitudes agresivas, pero en el capitalismo la batalla se libra por las empresas de cada nación, mientras que en el imperialismo son las empresas nacionales reducidas a unidad las que combaten con las unidades formadas en otros pueblos. En la lucha interna, el capitalismo no respetó la justicia e hizo de los trabajadores algo menos valioso que las máquinas, y en la guerra externa, el imperialismo no respetó ni el derecho internacional ni la justicia. Si se recorren los anales del siglo pasado se observará que ninguna de las llamadas *grandes potencias* se detuvo, ya no delante de las normas jurídicas internacionales, sino siquiera frente a los más elementales principios de la justicia, del sentido humano de la vida y de los derechos del hombre; a quien desee comprobar esta afirmación, le bastará la lectura de *L'Histoire des colonisations* de René Sédillot o contemplar los despojos de que fueron víctimas los pueblos de América, África y Asia, para convencerse de que el siglo XIX no fue propicio a la justicia internacional, si bien *sería preferible decir, simplemente, que no fue propicio a la justicia;* pero, *¿lo es acaso el actual?* Por otra parte, el pensamiento político y jurídico permitió justificar la actitud imperialista de los estados: primeramente, la concepción hegeliana del estado soberano; con esa tesis, la soberanía dejó de ser la fuerza de la libertad del hombre para la libertad y se convirtió en la característica del poder estatal, de un poder que no es ni el poder del rey ni el del

pueblo, que pertenece a un ente que no es ni la sociedad ni los hombres y que se ejerce imperativa y coactivamente sobre los seres humanos. Hobbes y con mayor razón Rousseau, quisieron la vida social y el derecho para la paz y el segundo, además, para la libertad; Hegel, por lo contrario, colocó el derecho y el hombre al servicio del poder y no sólo no le fijó límites al *dios terrestre*, sino que expresamente santificó la guerra, como el procedimiento de que se vale el espíritu objetivo para seleccionar al pueblo por cuyos labios hablará a la humanidad. Este breve resumen deja ver que no es la doctrina de la soberanía del orden jurídico divino o natural, ni la idea de la soberanía del pueblo, las que están en oposición con la idea y la existencia de un orden jurídico y de un derecho internacionales, sino la concepción hegeliana de la soberanía del estado, doctrina que justificaba plenamente el imperialismo económico de la burguesía. En segundo lugar, la derrota de la idea del derecho natural, el positivismo en su manifestación estatista y al final del siglo las corrientes derivadas de la Escuela de Marburgo y su tesis del derecho formalmente válido aunque materialmente fuese injusto, hicieron asimismo posible que los estados no se sintieran ligados por los principios materiales de la justicia; y no hay que olvidar que eran precisamente los estados quienes determinaban el contenido concreto de su orden jurídico. Los teóricos del estado y del derecho internacional, ciertamente sin exageraciones y aun procurando atenuar el rigor de las consecuencias, sostuvieron que el derecho nacional era la norma de conducta suprema de los estados, por lo cual, las reglas del derecho internacional que lo contraviniesen no podían aplicarse; a este respecto puede ofrecerse como ejemplo la interpretación doctrinal y jurisprudencial del artículo sexto, párrafo segundo, de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica:

> Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o en los códigos de los estados.

En el siglo pasado, el célebre juez Joseph Story explicó [38] que

[38] *Comentario abreviado de la Constitución federal de los Estados Unidos de América,* Imprenta del Comercio, México, 1879, pp. 557 y ss.

el precepto transcrito fue una necesidad, en vista de que, durante la etapa de la Confederación, los estados no respetaban los tratados internacionales celebrados por los poderes centrales; todavía en el periodo de la primera postguerra, el profesor de la Universidad John Hopkins, Westel Woodbury Willoughby, insistió en esas razones. Pero lo importante de la doctrina de Willoughby radica en la afirmación de que la potestad de celebrar tratados no es ilimitada, ni puede ir más allá de la Constitución: [39]

> La Suprema Corte ha dicho repetidamente, en todos los términos, que la potestad otorgada a los Estados Unidos para celebrar tratados no se extiende hasta "autorizar lo que la Constitución prohíbe".

La doctrina y la jurisprudencia norteamericanas fueron más lejos: una y otra sostuvieron que los tratados internacionales, una vez celebrados y aprobados por los Estados Unidos, se convierten en ley de la tierra, quiere decir, en derecho interno o nacional, transformación que determina que adquieren la misma fuerza ejecutiva y estén sometidos a las mismas condiciones de vigencia que rigen la legislación; por lo tanto, los tratados son iguales en valor a las leyes expedidas por el Congreso. De estos principios, la doctrina y la jurisprudencia infirieron que las leyes del Congreso pueden derogar los tratados y éstos a aquellas, o lo que es igual, que en todos los casos prevalecen las normas últimamente expedidas. En la ejecutoria de 13 de mayo de 1889, *Chae Chan Ping vs. United States*, la Corte expresó:

> Debe concederse que la ley de 1888 está en contradicción con expresas estipulaciones del tratado de 1868 y el suplementario de 1880, pero no por este motivo debe ser considerada inválida o restringida en su ejecución. *Los tratados nunca fueron de mayor obligación legal que las leyes del Congreso.* Por la Constitución, las leyes hechas en consecuencia de la misma y los tratados celebrados bajo la autoridad de los Estados Unidos, se declaran suprema ley de la tierra, y ninguna autoridad soberana es dada a la una sobre la otra... *En cada caso, la última expresión de la voluntad soberana debe prevalecer.*

La conmoción que produjo la Primera Guerra Mundial y el temor a su repetición, inclinaron a muchos espíritus al desconoci-

[39] *The constitutional law of the United States*, Baker, Voorhis and Company, Nueva York, 1929, p. 519.

miento de la dimensión externa de la soberanía, más aún, a la afirmación de que era indispensable suprimir el concepto, a fin de hacer posible y real una comunidad de pueblos libres, unidos por un derecho internacional, que llevara a todos los hogares la tranquilidad y la seguridad de que en el futuro no volvería a derramarse la sangre en los campos de batalla. Dentro de este espíritu y envueltos por un bello romanticismo pacifista, las potencias vencedoras crearon en el Tratado de Versalles la *Sociedad de las Naciones*, cuya misión debió ser la armonía de los pueblos mediante el respeto del orden jurídico internacional; el preámbulo del Tratado quedó redactado en los términos siguientes:

> Considerando: que para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizarles la paz y la seguridad importa: aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra; mantener a la luz del día las relaciones internacionales fundadas sobre la justicia y el honor; observar rigurosamente las prescripciones del derecho internacional, reconocidas de aquí en adelante como regla de conducta efectiva de los gobiernos; hacer que reine la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados; adoptan el presente pacto, que instituye la *Sociedad de las Naciones*.

Por su parte, la Asamblea Constituyente de Weimar, convencida de la necesidad de la concordia universal, decidió en el artículo cuarto de la Constitución alemana de 1919:

> Las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas valen como normas obligatorias del derecho alemán.

El Pacto de la Sociedad de las Naciones y la Constitución de Weimar obligaron a los juristas de Europa y América a meditar respecto de las relaciones entre el derecho nacional y el internacional y acerca de los efectos que podrían producir las diversas soluciones: ¿significa el artículo cuarto de Weimar que el derecho internacional es de rango superior al nacional y que, en consecuencia, en caso de contradicción entre las normas de uno y otro, deben prevalecer las de aquél? La supremacía del derecho internacional, si se acepta esa doctrina, ¿se refiere únicamente a las leyes ordinarias o se extiende también a las constituciones de cada estado? En esta segunda hipótesis, ¿puede el derecho internacional determinar el contenido esencial de las constituciones? ¿Esta determi-

nación puede alcanzar a lo que se llama las partes dogmática y orgánica de las constituciones? Si esto es así y considerando que la soberanía nacional es la potestad de una nación de darse una forma de vida política y determinar los principios de su derecho con independencia de cualquier otro poder nacional o internacional, ¿debemos concluir en la inexistencia de aquella potestad y, por consiguiente, en la desaparición de la dimensión externa de la soberanía en beneficio del derecho internacional? ¿Qué es lo que resta de la dimensión interna? ¿Significa un retorno a la concepción medieval y al pensamiento de Bodino, que reducían la misión del poder temporal a la adaptación de las normas divinas y naturales, ahora internacionales, a las circunstancias particulares de cada pueblo? Por lo tanto, ¿nos encontramos nuevamente en presencia de una idea de la soberanía de un orden jurídico universal, válido para todos los pueblos, con la variante de que puede ser un derecho vivo, susceptible de cambios en sus principios y en su estructura? En conclusión: *¿debemos hablar de la batalla del derecho internacional en contra de la idea de la soberanía de los pueblos y de la consecuente facultad de crear libremente su ordenamiento jurídico?*

El problema adquirió perfiles aún más trágicos durante la Segunda Guerra Mundial: los asesinatos colectivos efectuados por el nacionalsocialismo, el reflector de las bombas de Hiroshima y Nagasaki y los millones de hombres que perecieron en las batallas de Rusia, volvieron a sobrecoger a las conciencias e hicieron ver a los hombres que una tercera guerra podría provocar la destrucción de una parte o aun de toda la humanidad. Con la experiencia del fracaso de la Sociedad de las Naciones, pero ante la división del mundo en Oriente y Occidente, las potencias vencedoras, en unión de algunos otros pueblos y previa una serie de declaraciones, constituyeron en la Conferencia de San Francisco de 1945 la organización que se conoce con el nombre de *Naciones Unidas.* La nueva *Carta internacional* difiere grandemente del pacto de la Sociedad de las Naciones, tanto por sus principios cuanto por la estructura de los nuevos órganos internacionales. En el Tratado de Versalles se fijaron las potencias como objetivo fundamental el evitar las guerras, procurando la solución pacífica de las diferencias que surgieran entre los estados; la *Carta de las Naciones Unidas,* además de ese objetivo, se propuso reafirmar la fe en los derechos del hombre y promover la cooperación entre los pueblos

para buscar soluciones a los problemas internacionales de naturaleza social, económica, cultural y humanitaria. El preámbulo de la nueva Carta revela un propósito real de coordinación de los esfuerzos y un cierto optimismo hacia el futuro:

> Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos: a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones, grandes y pequeñas; a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional; a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...

Con base en los propósitos enunciados, el artículo primero de la Carta señaló las finalidades y los principios de las Naciones Unidas:

> 1) Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de las controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz. 2) Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal. 3) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión. 4) Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

Desde la primera postguerra mundial, pero particularmente después de la segunda, numerosos internacionalistas, con el propósito de suprimir la contradicción entre la concepción imperialista de la soberanía del estado y el derecho internacional, se empeñan en la presentación de un nuevo dilema, de naturaleza puramente formal: *supremacía del derecho nacional* o *supremacía*

del derecho internacional. Es posible, dicen los introductores del nuevo dilema, que en el correr de los años surjan contradicciones entre normas pertenecientes a los dos órdenes; y puesto que una de las dos debe ceder, ya que no pueden aplicarse al mismo caso, resulta urgente determinar cuál de las dos debe privar sobre la otra. Los grandes maestros del derecho internacional de nuestros días, Alfred Verdross [40] y L. Oppenheim, [41] entre otros escritores, hacen notar que los tratadistas se hallan divididos respecto de la respuesta que debe darse al nuevo dilema. Según los autores mencionados, existen dos corrientes fundamentales, las que pueden denominarse las *concepciones dualista y monista.* El primero de los maestros citados logró un impresionante resumen de la concepción dualista:

> La concepción dualista o pluralista, fundada por Triepel y Anzilotti, que continúa siendo la más generalizada en la doctrina italiana, afirma que el derecho internacional y el nacional son dos órdenes jurídicos completamente separados, tanto por sus fundamentos de validez como por los sujetos a los que se dirigen, pues en tanto el derecho internacional se produce en las relaciones entre los estados y únicamente obliga a sujetos soberanos, el derecho nacional tiene su fuente en la constitución estatal, única norma de la que pueden nacer derechos y obligaciones para los individuos.

La concepción monista, que cree en la unidad de los órdenes jurídicos, se bifurca en dos grandes direcciones opuestas: una es *la doctrina del primado del derecho nacional,* que yà nos es conocida y cuyo propósito es considerar el derecho internacional como parte y subordinado al derecho nacional; la segunda postura defiende *el primado del derecho internacional* y, a su vez, se subdivide en *el monismo internacionalista radical* y *el monismo internacionalista moderado.* En el libro *Völkerrecht* (*Derecho internacional*), de Alfred Verdross, edición de 1950, se encuentra un párrafo magnífico acerca de estas dos últimas tendencias: [42]

> El *monismo radical,* representado principalmente por Georges Scelle, declara la inadmisibilidad de un derecho nacional contrario al derecho internacional, pues las normas del primero serían indefectiblemente nulas. El otro matiz de esta tendencia, cuya fuerza

[40] *Völkerrecht* (*Derecho internacional*), Springer-Verlag, Viena, 1964. La transcripción que más adelante hacemos corresponde a la p. 111.

[41] *International law*, edición de Lauterpacht, Longmans, Inglaterra, 1964.

[42] P. 61.

expansiva va en aumento, acepta el punto de vista de la *concepción dualista* consistente en que el derecho nacional contrario al derecho internacional en manera alguna es nulo automáticamente, pues, por lo contrario, es obligatorio para las autoridades estatales; pero se aparta de la concepción dualista por cuanto esta postura llega a la conclusión de que los dos órdenes jurídicos no se encuentran en relación alguna, en tanto el *monismo moderado* sostiene que la expedición de una norma nacional contraria al derecho internacional no rompe la unidad del sistema, toda vez que puede ser combatida siguiendo los procedimientos del derecho internacional.

En la edición de 1964, el profesor Verdross se inclina por *el primado del derecho internacional*, en la versión del *monismo moderado*, pero indica que esa posición no puede considerarse una teoría universalmente aceptada. Es interesante poner de relieve, antes de exponer el pensamiento de Hermann Heller y de formular algunas consideraciones complementarias, que el jefe de la Escuela Vienesa, en la última edición de su *Teoría pura del derecho*,[43] después de inclinarse también hacia el *monismo moderado*, se encargó de destruir el dilema: *supremacía del derecho nacional o supremacía del derecho internacional*, con lo cual demostró nuevamente que el formalismo jurídico que postula es una fuga delante de la realidad:

> Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los estados, incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. *La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.*

Llegamos nuevamente al punto crucial de los problemas de la *Teoría pura del derecho*: para que pueda construirse esta disciplina, es preciso suponer la validez de uno de los dos términos del dilema, ya que los dos no pueden ser válidos al mismo tiempo,

[43] Hemos utilizado la traducción de Moisés Nilve, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, p. 213.

pero es así que no existe ningún criterio jurídico que nos permita decidirnos por el uno o por el otro. De la misma manera que no existe una justificación jurídica última de la constitución de un pueblo y que es preciso suponer la validez de la impuesta por "un usurpador o una especie de asamblea", tampoco la hay en el problema de las relaciones entre el derecho nacional y el internacional: el pueblo que puede substraerse al derecho internacional, y no son pocos los ejemplos en nuestros días, no viola ningún principio jurídico, como tampoco lo violan los estados que a pretexto de aplicar normas jurídicas internacionales, destruyen o subyugan a otro. Si se analizan estas situaciones se llega a la conclusión de que, para la *Teoría pura del derecho*, el orden normativo que logra imponerse, cualquiera sea su origen, debe obedecerse como si fuese un orden jurídico auténtico.

VIII

Las páginas de *La soberanía* son de una claridad y precisión maravillosas; así se muestran en la definición del derecho:

> Entendemos por derecho un orden social establecido por la autoridad de la comunidad, a fin de limitar normativamente la conducta externa, quiere decir, la conducta social de los entes dotados de voluntad (ver página 55).

Ahí se encierra una pluralidad de ideas: *a*) El derecho es un orden social establecido por la comunidad humana, lo cual significa que *el derecho es un producto del ser*. Según el maestro de la soberanía, el derecho es el orden normativo impuesto, esto es, dictado o, para emplear la fórmula clásica, positivizado por la comunidad. De lo expuesto se infiere, y ya nos hemos ocupado del tema, que la separación radical entre el ser y el deber ser es inadmisible en el reino del derecho, pues las normas jurídicas, de conformidad con el pensamiento helleriano, necesitan de una voluntad que las positivice, ya que las normas no pueden ni positivizarse a sí mismas ni positivizar otras normas, o expresado con otras palabras: la declaratoria de obligatoriedad de las normas sólo puede ser emitida por la voluntad de la comunidad. *b*) Heller sostiene que el derecho es únicamente el ordenamiento positivo de la conducta externa de los hombres, por lo tanto, el derecho positivo.

Con una maestría incomparable, el ilustre jurista enseña que la positividad del derecho consiste en la relación de dependencia en que se halla con una comunidad determinada, esto es, en constituir una parte de la realidad histórico-espiritual de la comunidad, una objetivación de lo espiritual normativo y, como tal, una realidad jurídica. *c*) De la anterior enseñanza deriva que un conjunto de normas, cualquiera sea la denominación que se le dé, derecho divino, racional o simplemente natural, que no satisfaga los caracteres señalados, o sea, que no viva por y en una comunidad, no es ni puede ser considerado derecho. *d*) El escritor que nos ocupa manifiesta expresamente que no comparte la concepción filosófica del positivismo, pues son dos cosas esencialmente distintas la afirmación de que el único derecho es el positivo y la concepción positivista que sostiene que el derecho es un simple producto de los hechos y fenómenos sociales; es preciso, explica el connotado maestro, "superar la utopía positivista", a fin de poder distinguir el derecho positivo, *elemento del ser social*, del llamado problema del derecho natural, pues si bien es verdad que no existe ni puede existir un derecho distinto del positivo, Heller cree en la presencia de normas fundamentales, que son, bien "los principios constitutivos de la forma pura del derecho", a los que debe llamarse "los principios de la lógica jurídica", bien "las fuentes éticas del contenido del derecho", principios estos últimos que se convierten en normas jurídicas mediante su positivización.

En la definición del derecho se dice que éste es un orden social establecido por *la autoridad de la comunidad*. En torno de este tema se plantea el problema de la soberanía: en toda sociedad o comunidad humana tiene que existir una instancia capaz de decidir las cuestiones que surjan entre sus miembros. Todo el esfuerzo de Heller, que podría ofrecerse como una especie de reproducción genial de centenares de páginas de otros tantos pensadores, está dirigido a testificar que la convivencia social es imposible sin la existencia de *una instancia decisoria* capaz de determinar cuáles son las normas por las que debe regirse la conducta de los hombres, así como su sentido e imponerlas posteriormente por los medios apropiados; es la misma idea que aparece, a ejemplo, en Santo Tomás de Aquino: [44]

[44] *Del gobierno de los príncipes*, libro primero, capítulo primero.

> Si la naturaleza del hombre exige que viva en sociedad, también es natural y por ende necesario que exista entre los hombres quien dirija la multitud. Pues si cada uno de los hombres congregados no se ocupara más que de aquello que estima útil para sí mismo, la multitud se dispersaría en diversas unidades discordantes... Por cuyo motivo dice Salomón: "Por falta de gobierno se desuniría el pueblo."

Pero como los seres humanos conviven en formas múltiples, resulta igualmente indispensable la existencia de *una instancia decisoria universal y suprema,* que resuelva definitivamente, sin ningún recurso ulterior, todas las controversias que se susciten entre los hombres y entre las diversas formas parciales de convivencia, culturales, comerciales, civiles, deportivas, etcétera, que sólo se extienden a aspectos concretos de la actividad del hombre. Ahora bien, *la comunidad humana que ha logrado organizar, sin intervención de ninguna otra fuerza o poder humano, una instancia de esa naturaleza, es una comunidad soberana.* Por lo tanto, soberana es aquella comunidad organizada que constituye la instancia decisoria universal y suprema para la determinación, interpretación y aplicación de las normas de la conducta externa de sus miembros. Instancia universal quiere decir que su competencia se extiende a todos los asuntos que se susciten dentro de la comunidad; y suprema significa que es la instancia última, aquella cuyas decisiones no pueden ser recurridas ante ninguna otra. De lo expuesto se deduce que el concepto helleriano no es sinónimo de tribunal judicial, sino que ha de entenderse como la instancia decisoria que fija en un haz de preceptos, al que generalmente se da el nombre de *constitución,* las normas fundamentales de la conducta social y señala la estructura básica de los órganos o autoridades a los que corresponderá la reglamentación de las normas fundamentales, la fijación de su sentido en cada momento y en relación con cada caso concreto y su aplicación coactiva. Concebido así el concepto, fácilmente se llega a la conclusión de que el problema de *la instancia decisoria universal y suprema* es, lisa y llanamente, *el problema del poder constituyente* de cada comunidad, asunto que es, a su vez, la cuestión que vienen discutiendo los hombres desde la época griega en derredor de la idea de la soberanía y de su ejercicio. *La comunidad humana que dicta e impone libremente el derecho a sus miembros se denomina soberana en el doble sentido de la palabra:*

interna, por cuanto es la instancia universal y suprema para la comunidad y externa, toda vez que no está sometida a ninguna otra.

Las ideas expuestas precisan la diferencia radical entre el pensamiento de Kelsen y el de Heller: el Maestro de Viena se encerró en el logicismo de la Escuela de Marburgo y no pudo entender ni el derecho ni su vida; Heller pone de relieve, con una claridad suprema, la contradicción insoluble que impide a la Escuela Vienesa entender el problema de la soberanía: *un ser,* se dice, *sólo puede producir otro ser y un deber ser sólo puede surgir de otro deber ser;* y sin embargo, mediante una transformación mágica, el hecho de que "un usurpador o una especie de asamblea" imponga una constitución, se convierte en un deber ser para los hombres. Kelsen confunde, dice Heller, *la validez lógica del razonamiento con la validez de un orden normativo destinado a regir la conducta de los hombres;* esta última sólo puede ser *una validez jurídica de naturaleza empírica.* Heller buscó la validez del derecho en el hombre, en el pueblo y en sus vidas: los hombres no tenemos ni debemos suponer válida una norma que nos es impuesta de una manera cualquiera, por lo contrario, debemos sublevarnos contra ella y aceptar únicamente la norma que viene de nosotros, de los seres que formamos la sociedad, esto es, la validez de un orden jurídico está en la vida y en la acción del pueblo y, consecuentemente, en el ejercicio libre de su soberanía. Solamente entonces podemos hablar de derecho; justamente porque Kelsen se negó a buscar el derecho, es por lo que, según indicamos al principiar este estudio, hizo una ciencia del derecho sin derecho; tal vez habría que decir que hizo *una ciencia del derecho contra el derecho*: en efecto, la tesis kelseniana de la soberanía del orden jurídico ha renacido una y otra vez en la historia para justificar un régimen de poder; cuando Royer-Collard habló de ella en el reinado de Luis Felipe de Orleans, ¿no estaba justificando la *Carta* impuesta al pueblo por un *usurpador,* que pocos años después fue arrojado del trono? Pero Royer-Collard y Guizot envolvieron su pensamiento con el ropaje de la soberanía de los derechos del hombre, en tanto el positivismo kelseniano permite justificar cualquier régimen de poder. Con estos razonamientos regresamos a una idea ya expuesta: *el deber ser jurídico es un producto del ser,* es la norma que se da el ser,

esto es, el pueblo, para regir su conducta. En aplicación de estas ideas, Heller define la constitución como "un ser al que dan forma las normas"; y de ahí que añada que el derecho, como conjunto de normas que nos dicen lo que debemos hacer o no hacer, sea "un obrar con sentido desprendido de la realidad". Así se unieron dos grandes pensamientos: creemos haber demostrado que la única respuesta compatible con los principios de igualdad, libertad y dignidad del hombre, es la doctrina de la soberanía del pueblo, de la que se desprende, por una parte, que el único orden jurídico con validez sobre los hombres es el que crea y vive el pueblo y, por otra, que la constitución dictada por un usurpador es un régimen de poder arbitrario, que nada tiene que ver con el derecho. De estas consideraciones se infiere, y esta es la fórmula magnífica que emerge de las líneas de *La soberanía*, que *el pueblo es la instancia decisoria universal y suprema de los hombres libres que lo forman*. Pero entiéndase bien, porque es también la idea que yace en las hojas del *Contrato social* de Juan Jacobo: *el pueblo es su instancia decisoria universal y suprema, pero no lo es para los otros pueblos;* así lo entendió la *Generación de la Independencia* cuando proclamó en la Constitución de Apatzingán, que "ningún pueblo tiene derecho para impedir a otro el uso libre de su soberanía".

A medida que se penetra en la lectura de *La soberanía* se descubre que su autor se enfrenta a cada uno de los problemas que le salen al paso; así ocurre en los capítulos finales, en los que se estudian las semejanzas y diferencias que se dan entre los órdenes jurídicos nacionales y el internacional y se analizan las razones por las cuales carece de sentido el dilema de *primado del derecho nacional o del derecho internacional*, ya que, en lugar de plantear la irreductible subordinación de uno al otro, debemos más bien considerar su coordinación en beneficio de los hombres, de los pueblos y de la humanidad. Llegamos al corazón del pensamiento del ilustre escritor, que si hasta ahora se ha mostrado como el maestro de la soberanía y como un enamorado del principio de la autodeterminación de los pueblos, en la parte final del libro se transforma en un clásico del derecho internacional. Si tuviéramos que determinar el lugar que ocupa en la clasificación de Verdross y Oppenheim, tendríamos que declarar que Heller defiende una *concepción dualista*, pero hay que aclarar que la

diferencia entre el orden jurídico nacional y el internacional deriva, mas que de los fundamentos y de las materias de que uno y otro se ocupan, de la manera como brotan de las relaciones humanas. La falta de una distinción clara entre los dos sistemas es la fuente de las incomprensiones y de las dudas que existen acerca de las relaciones entre los conceptos de soberanía, derecho nacional y derecho internacional.

Lo que llevamos expuesto nos permite decir que de conformidad con el pensamiento de la Edad Media existe una unidad jurídica absoluta, fundada en la ley de dios y en la natural, un sólo derecho, absolutamente justo y, por lo tanto, universal, eterno e inmodificable, que rige todas las relaciones humanas. Vitoria y Grocio, según ya explicamos, mantuvieron la idea de la unidad del orden jurídico universal, el primero mediante la defensa de la postura medieval y el segundo extrayendo el derecho de la naturaleza racional del hombre. La misma solución debe aceptarse para la escuela del derecho natural y para la concepción racionalista de la primera mitad del Siglo de las Luces. En consecuencia, dentro de esas corrientes no hay primacía, ni puede haberla, del derecho nacional sobre el internacional o viceversa, porque no existen ni pueden existir dos órdenes jurídicos, ya no digamos opuestos, ni siquiera distintos. Sin duda, la ley humana puede variar de país a país, pero su campo de vigencia está limitado al pueblo que la expide; y en todo caso, los conflictos que pudieran surgir entre las leyes particulares de dos estados serían únicamente las cuestiones que conciernen al llamado *derecho internacional privado*. Claro está que la solución teórica no implica que los estados no violen o puedan violar de hecho el orden universal, pero las violaciones cometidas por un estado no afectan la validez intrínseca de los principios y por otra parte, no se realizan únicamente en la vida internacional, sino también en el interior de cada estado. En la Revolución Francesa y por la influencia del pensamiento de Rousseau, el hombre se hizo el creador y el fin del derecho; de ahí que pudieran combinarse la doctrina de la soberanía del pueblo, cuya consecuencia inmediata es el reconocimiento de la igualdad de los derechos políticos, y la idea de los derechos del hombre, y que se llegara a la fórmula que ya hemos transcrito: *un derecho del hombre para el hombre.* Mediante esta combinación, la doctrina de la Revolución se aproximó a las posturas tradicionales: los derechos del hombre

son universales, valen para todos y se imponen al respeto de todos, de lo que se desprende que de la misma manera que el poder nacional debe respetarlos en el interior de su territorio, debe también acatarlos en las relaciones internacionales, pues, de otra manera, no tendrían un sentido universal. Los considerandos que anteceden ponen una vez más de relieve la esterilidad del formalismo logicista de la Escuela de Kelsen, pues la unidad del orden jurídico no es una cuestión formal, sino material, ya que se funda en el contenido único del derecho; para el pensamiento tradicional, *un derecho formalmente válido aunque materialmente sea injusto*, es una aberración innenarrable.

La problemática se modificó con el advenimiento de la filosofía positivista y la consecuente muerte del derecho natural; pero en esta corriente es preciso separar dos actitudes esencialmente distintas: los positivistas franceses pudieron llegar con León Duguit y Georges Scelle a la unidad material del derecho nacional y el internacional. El Maestro de Burdeos, fundador de la Escuela Francesa, enseñó que *el derecho es un mínimo ético y económico*, quiere decir, está constituido por las normas éticas y económicas que en cada época histórica y en cada pueblo se consideran por los hombres como indispensables y justas para el mantenimiento de la solidaridad social, esto es, *el derecho es el ordenamiento que nace del hecho de la solidaridad humana y su destino es protegerla y contribuir a su realización*; pero Duguit pudo llegar a este resultado, y en esto radica una de sus grandes diferencias con los teóricos alemanes, porque niega la existencia del estado como substancia, reduciéndolo al proceso social de la diferenciación entre gobernantes y gobernados; el derecho, producto del hacer de los hombres, no es creado por el estado, sino que, por lo contrario, su misión es someter el poder al derecho de la solidaridad social. Georges Scelle extendió la idea al mundo internacional, mediante la afirmación de que el derecho posee un sólo fundamento, que consiste en que el orden jurídico, nacional e internacional, es siempre el resultado de la acción solidaria de los hombres, de lo que infirió la supremacía del derecho internacional, toda vez, dice, que la solidaridad internacional, que es asimismo el resultado del obrar de los hombres, engloba la unidad solidaria de cada pueblo. A diferencia del anterior, el positivismo alemán, que mantuvo *el monstruo hegeliano del estado*, descendió con la *Teoría general del estado* de Jorge Jellinek y con la *Teoría pura*

del derecho, a un orden que puede poseer los caracteres formales de lo jurídico, pero cuyo contenido depende de la voluntad de un usurpador o, en su caso, de la voluntad del Leviatán o de los leviatanes imperialistas de todos los tiempos; o expresado con otra fórmula: *el positivismo estatista de Jellinek y Kelsen hace del derecho un producto del poder*, con lo cual, las contradicciones materiales entre el derecho nacional y el internacional sólo pueden decidirse por medio de la guerra; esa era también la solución de Hegel.

Heller, expresamos en renglones anteriores, está dentro de lo que se llama la concepción dualista, pero agregamos que la diferencia entre el derecho nacional y el internacional no está en el contenido de las normas jurídicas; el maestro de la soberanía cree en la existencia de un conjunto de principios con validez universal, a los que da el nombre de *normas jurídicas fundamentales*; ellas mantienen la unidad material del derecho nacional y del internacional, pues el ordenamiento que no es una positivización de esos principios, no obstante su aparente efectividad, no puede ser nombrado un orden jurídico, sino uno de poder arbitrario. El dualismo helleriano radica en la distinta manera como nacen los ordenamientos jurídicos nacional e internacional y en la presencia de la soberanía estatal, en cuya idea cree Heller firmemente. Un orden normativo jurídico, dice el ilustre maestro, puede ser de dos especies, según que nazca como *un orden de poder* o *como uno contractual*. Para acuñar la distinción, Heller se asomó al mundo de las realidades y encontró esas dos formas jurídicas: la primera, la tradicional, se dio en la polis griega, en la civitas romana, en los reinos medievales y en el estado moderno y contemporáneo, lo mismo en la llamada democracia occidental que en la oriental, esto es, es la de todas las unidades naturales que han vivido como una unidad que pretende conservarse, razón por la cual y a fin de fortalecerse y conducir una vida independiente, organizan un poder, destinado a resolver los conflictos que se susciten en su interior y dotado de los elementos coactivos necesarios y adecuados para ejecutar sus decisiones. Fácilmente se descubre que nos encontramos delante de una idea que ya nos es conocida: un orden de poder es el de las comunidades humanas que disponen de una instancia decisoria universal y suprema, la que da a la comunidad

la categoría de soberana, toda vez que, para la solución de los problemas de cualquier índole que se susciten en su interior, no está subordinada a ninguna otra instancia. Conviene recalcar que, a nuestro entender, la afirmación helleriana consiste en que *la comunidad humana soberana no está sometida a ninguna instancia superior y en manera alguna que no esté obligada a respetar los valores humanos y lo que el propio Heller denomina los principios jurídicos fundamentales,* esto es, las ideas de régimen de poder y de soberanía no implican supremacía del poder sobre el derecho; únicamente el positivismo estatista defiende eso que podría llamarse *el libertinaje jurídico del derecho injusto.* En contraste con el anterior, pero sin que por ello deje de ser un ordenamiento jurídico, *el orden contractual* es el que proviene de la voluntad de los sujetos de los derechos y de las obligaciones; tal es, de conformidad con las explicaciones contenidas en *La soberanía,* la condición del derecho internacional: al orden jurídico contractual falta el elemento característico del orden de poder, a saber, la posesión de una instancia decisoria universal y suprema; en efecto, una instancia de esta naturaleza, que no es más que el pueblo como titular único de la soberanía, fija en su constitución su competencia y la amplía o restringe cuando lo estima conveniente, quiere decir, determina los aspectos de la vida social que quedarán sujetos a su jurisdicción, en tanto la extensión del derecho internacional, aun en el caso del pacto de la Sociedad de las Naciones, y agregaremos, pues Heller no la conoció, y de la Carta de las Naciones Unidas, está circunscrita por los acuerdos entre los estados y por las modificaciones que pueda provocar su actuación posterior. Por otra parte, el derecho internacional presupone la existencia de estados soberanos, pues son éstos los únicos que pueden crearlo y respetarlo y los únicos también que pueden imponerlo efectivamente a sus miembros; el estado soberano y el derecho internacional se hallan en una relación dialéctica: *el día en que se organice una instancia decisoria universal sobre todos los rincones de la tierra, ese día, se habrá producido una síntesis colosal, la fusión del estado y del derecho internacional en un orden de poder universal.*

El autor de *La soberanía* señaló la ruta, pero es lícito penetrar hasta el fondo de sus ideas para extraer sus consecuencias mejores: la doctrina contemporánea no distingue con suficiente cla-

ridad —tal vez debiéramos decir que no establece la distinción— entre las dos grandes maneras de ser del derecho; buena parte de la culpa corresponde al formalismo logicista, pues su separación abismal entre el ser y el deber ser le impide darse cuenta de que *el ser social*, desde la familia hasta *la sociedad perfecta* de que hablaron Aristóteles y Santo Tomás, es *un ser conforme a un orden normativo determinado*. Cuando se alcanza esta verdad se descubre que en un ordenamiento jurídico hay que separar *el derecho, como acto constitutivo, como el orden que forma parte y brota del ser y el derecho como norma reguladora de las relaciones externas de los entes que viven dentro de él*. Mauricio Hauriou distinguió entre *la institución y el contrato* y concibió la primera como *el ser social vivo que tiende a durar y adquirir personalidad*, no como una realidad óntica, claro está, sino como una simple realidad social, como *la realidad social de una organización creada en el actuar de los hombres*; en ella, como un elemento constitutivo de su ser, vive el derecho. Hermann Heller, y ya citamos su frase, dice que *la constitución de un cuerpo social es un ser al que dan forma las normas*; sin duda, añade el maestro, no es la constitución lo que crea el ser, sino que es éste quien se da una forma concreta para poder vivir. De esta concepción helleriana se desprende que la constitución y el derecho constitucional de un pueblo son la fuente y el límite de las restantes ramas del derecho, el tronco común del que éstas brotan. Pero el derecho no se agota en la conformación del ser social, sino que, una vez constituido éste, entra en acción su segunda manifestación: *el ordenamiento destinado a regular la conducta de los entes que viven en el interior del ser social*.

Ahora bien, si se analiza cuidadosamente un orden jurídico nacional se encuentran en su interior las dos manifestaciones descritas: es, ante todo, el resultado del querer y del hacer de los hombres, el producto de su vida común, la norma que determina la vida de la comunidad; es el ordenamiento que vive un pueblo como un elemento constitutivo de su ser y, consecuentemente, como el ordenamiento que expresa su unidad presente y su voluntad y su propósito de realizarse en la historia. El ordenamiento jurídico nacional es la forma, el estilo de vida de un ser que ya existe, que no es un algo por crear, sino que es un algo que ya fue, que es y que pretende continuar siendo, un ser que vive una doble pretensión: la de defender en el presente y

proyectar en el futuro una unidad que ya fue en el pasado, quiere decir, la de una unidad en el tiempo; y la de afirmar su independencia espacial frente a otras unidades iguales. El derecho nacional es una de las manifestaciones de la cultura de una nación; como diría Renan,[45] es el producto de la vida en común de nuestros antepasados, con sus glorias y sus tragedias, con sus héroes y con sus mártires, con sus manifestaciones artísticas y poéticas.

A diferencia del anterior, el derecho internacional es un ordenamiento que tiene como fuente y como fin primero a los estados; es el resultado o efecto del actuar de órganos o poderes públicos en sus relaciones con otros órganos o poderes públicos y por desgracia, pero con alarmante frecuencia, de estados que conducen unos una vida democrática y otros que son dictaduras o totalitarismos. Es cierto que el derecho internacional de nuestros días pretende ser un derecho que también se dirige a los hombres para protegerlos y señalar sus derechos fundamentales, pero esta nueva finalidad no modifica su esencia: el derecho internacional del trabajo, sin duda la parte mas elaborada de esta segunda modalidad del derecho internacional, continúa teniendo su origen en tratados celebrados entre estados, positivizados después como derecho nacional por los órganos estatales previstos en la constitución de cada pueblo. Por lo tanto, *el derecho internacional no es el orden que vive un ser que ya existe, que ya fue y que pretende continuar siendo*, esto es, no es un elemento constitutivo de un ser. En consecuencia, es un orden que pertence a la segunda de las formas de manifestación del derecho, un ordenamiento para regular las relaciones externas entre sujetos de poder público. Ni el pacto de la Sociedad de las Naciones, ni la Carta de las Naciones Unidas, son la expresión de un ser vivo, sino un tratado entre seres vivos; es indudable, como ya lo hicimos notar, que entre los dos documentos hay hondas diferencias: el Tratado de Versalles fue un primer esfuerzo en busca de soluciones conciliatorias, en tanto la Carta de las Naciones Unidas organizó un sistema de arbitraje internacional obligatorio que pretende hacer imposibles las luchas armadas; además, el segundo de los documentos es asimismo un intento para introducir una cooperación real entre los pueblos y fomentar el progreso de todas

[45] *¿Qué es una nación?*

las naciones; pero esta diferencia de eficacia y propósitos no cambia la naturaleza de los documentos.

En un aspecto, sin embargo, nos separamos del pensamiento del maestro. En los últimos capítulos, al resumir sus ideas sobre las relaciones entre la soberanía y el derecho internacional, Heller sostiene que el estado es la instancia suprema para decidir sobre *su ser o no ser*, por lo que a él, y únicamente a él, le corresponde decidir sobre la guerra cuando ha sido lesionado su honor o peligra su existencia, *decisión que puede tomar aun en contra del derecho*; en apoyo de su tesis, Heller acude al pasado y a la interpretación del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que dejó abierta la posibilidad de la guerra. Aceptamos la primera parte de la doctrina: la existencia de un estado, que es tanto como decir la existencia de un pueblo, es intocable; el acto o la norma que pretende su destrucción, aun a pretexto de una necesidad internacional, rompe las bases del derecho de las naciones, pues este ordenamiento está hecho, no para dar muerte a los pueblos, sino para salvar su integridad y su libertad. El estado que resiste una pretensión de esa especie tiene a su favor el derecho internacional y, consecuentemente, si acepta la guerra para defender su ser se mueve dentro del campo y en aplicación del derecho. Pero no podemos ir más lejos, porque sería traicionar la idea misma de la soberanía y caer nuevamente en la concepción imperialista del siglo XIX. Creemos con Heller que el orden internacional ha sido frecuentemente el resultado de la fuerza y que en él falta la idea de la justicia, pero este hecho, que continúa ocurriendo en nuestros días, no puede elevarse a la categoría de un principio contenido en la noción de soberanía, ya que, por lo contrario, es la negación de su verdadera esencia; en consecuencia, no podemos admitir que el estado, árbitro único para decidir sobre su ser o no ser, esté legitimado para romper el orden jurídico internacional y hacer injusticia a otro pueblo. Cuando se ve en la soberanía el poder de la libertad para la libertad, se tiene también que reconocer que la guerra para destruir el ser o la libertad de los otros pueblos es la negación de su esencia, pues la guerra conduce al imperio de la fuerza material, pero no a la libertad Por otra parte, la renuncia a la guerra y la aceptación de una instancia para dirimir las controversias, siempre que no se refieran al ser o no ser de los estados, cuestión con la que está

de acuerdo Heller, es una de las más bellas aplicaciones de la idea de la soberanía, de la misma manera que lo es en la vida interna, cuando los actos de los poderes legislativo y ejecutivo se someten a la decisión de un poder judicial.

Abrigamos la esperanza de que algún día la paz y la justicia reinen sobre la tierra y creemos firmemente en el deber de los hombres y de los pueblos de cumplir puntual y lealmente el derecho. Pero creemos en un orden jurídico creado por los hombres para satisfacer sus necesidades y aspiraciones y para asegurar que su vida y la de los pueblos discurra por los senderos de la libertad. Los partidarios de la idea de la soberanía de los pueblos, los que confiamos en ella como un poder de la libertad para la libertad, los que creemos que los pueblos tienen el derecho de adoptar el estilo de vida que corresponda a su pasado y satisfaga sus aspiraciones presentes, los que afirmamos que ningún estado o grupo de estados tiene el derecho de imponer a un pueblo su forma de vida, ya sea individualista o colectivista, capitalista o socialista, ni impedirle que pase de una a otra, no podemos aceptar la enajenación de nuestra libertad para gobernarnos, ni de la soberanía de nuestro pueblo para decidir su destino respetando el idéntico derecho de los otros pueblos. Es posible que las fuerzas económicas y militares impidan a los pueblos el uso libre de su soberanía, pero, por lo menos, que no cuenten con la renuncia anticipada de nuestra libertad. Es posible también que la *Humanidad* constituya algún día un ser social con la cohesión necesaria para conducir un sólo estilo de vida; nadie puede predecir el porvenir, pero pensamos que hay todavía un número incontable de obstáculos: el primero nos parece estar constituido por esa ofensa a la igualdad de los hombres y de los pueblos que recibe el nombre de *veto* y que no es más que la facultad que se atribuyeron los que se hacen llamar *los grandes* en las Naciones Unidas para oponerse a toda medida que de alguna manera contraríe sus designios e intereses; un orden jurídico así no puede ser una garantía para los pueblos que prefieren la cultura a las armas. Y por sobre todo, el derecho de la *Humanidad* debe ser una creación de los hombres y nunca el resultado del actuar de los estados, un derecho que brote de la entraña de un ser social universal, creación del hombre universal para todos los hombres.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CRISIS HISTÓRICO ESPIRITUAL DEL DOGMA DE LA SOBERANIA

La conmoción producida por la Primera Guerra Mundial en los fundamentos espirituales y sociales que habían sobrevivido hasta nuestra época, tornó problemático el dogma de la soberanía, que había reinado en la teoría del estado de los tres últimos siglos. En el llamado *Proceso de Wimbledon,* del que conoció la Corte Suprema de Justicia Internacional en agosto de 1923 y que tantas oportunidades brindó para discutir el problema de la soberanía, el conocido profesor de derecho internacional Basdevant, en su carácter de representante del punto de vista francés, manifestó:

> Je sais que cette conception de la souveraineté de l'état occupe dans l'oeuvre des juristes allemands contemporains une place prépondérante. Ils sont les maîtres actuels de la théorie de la souveraineté de l'état, comme l'ont été autrefois les juristes français, a la suite de l'oeuvre de Jean Bodin. [1]

Las palabras de Basdevant contienen, sin género alguno de duda, una crítica irónica de la doctrina de la soberanía imperante en Alemania, doctrina que, en opinión de muchos juristas extranjeros y aun de numerosos juristas alemanes, permanece anclada en el pensamiento absolutista e imperialista de Bodino, por lo que no armoniza con la conciencia jurídica de nuestra civilización.

Conviene, antes de intentar justificarnos o confesar nuestro pecado, entendernos acerca del contenido de la doctrina de la soberanía de Bodino, pues me parece que muchos de los que hablan de él, en verdad no saben con certeza qué es lo que Bodino enseñó; quien alguna vez haya comprado los juicios emitidos sobre Bodino y las citas tomadas de su obra, tendrá que convenir que este ilustre teórico del estado pertenece al grupo de autores más frecuentemente citados, pero menos leídos. Se sabe de él que enseñó la ausencia de límites en el poder supremo del Es-

[1] *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional,* Serie C, núm. 3, I, 397. Consúltese, además: Wolgast: *Der Wimbledonprozess* (*El proceso de Wimbledon*).

tado,[2] pero se añade que como defensor del absolutismo francés no pudo siquiera imaginar nuestro concepto moderno de la soberanía.[3] A este respecto, es característica la imagen propuesta por un jurista alemán; de acuerdo con ella, el filósofo político francés habría escrito un libro para describir la majestad:

> La majestad soberana, que ninguna otra persona y en ningún lugar es otro sino el rey de Francia, el monarca absoluto no sometido a ninguna ley, sino, más bien, el autor de todo derecho y el señor de todas las leyes, el monarca a quien le obliga su propia palabra, porque la dijo por propia voluntad, pero que puede, no obstante, desligarse de ella, el *todopoderoso*, respecto de quien los hombres no pueden ser sino súbditos o enemigos.[4]

¿Qué tiene que ver el Bodino de la historia con esta caracterización y qué significa para nosotros su doctrina? Es conocido el hecho de que su concepto de la soberanía fue el resultado de la lucha que condujo el Estado francés, bajo la dirección de su rey y de la Universidad de París, en contra de su subordinación a la iglesia católica y al imperio y de la disgregación del poder estatal en manos de los señores feudales.[5] Aún antes de Bodino, "el concepto primitivo de la soberanía del rey, que era un concepto relativo y comparativo, se había transformado en un concepto absoluto".[6] El estado, representado por el rey, quien antaño y en sus relaciones con la iglesia, el imperio y los barones, había sido únicamente un *Superior*, devino un *Supremo*. Dentro de este proceso, Bodino es quien primeramente afirmó la soberanía como una nota característica del estado.[7]

[2] Esta opinión es defendida, entre otros varios autores, por Meyer-Anschütz: *Deutsches Staatsrecht* (*Derecho público alemán*), p. 22 y por Rehm: *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft* (*Historia de la ciencia del derecho y del estado*), p. 223, no obstante lo cual, el mismo Rehm hace notar, p. 228: "Analizando cuidadosamente la doctrina, aparecen fuertes limitaciones al concepto de la soberanía de Bodino."

[3] Jellinek: *Staatslehre* (*Teoría del estado*), pp. 457 y ss. Rehm: *Obra citada*, p. 224. Meyer-Anschütz: *Obra citada*. Stier-Somlo: *Reich-und Landesstaatsrecht* (*Derecho público de los países y del imperio*), I. 57.

[4] Mendelssohn Bartholdy: *Souveränitäten* (*Soberanías*) en *Neue Rundschau* (*Nuevo Panorama*), 1923, p. 97 y ss.

[5] Jellinek: *Obra citada*, pp. 440 y ss. Rehm: *Obra citada*, pp. 188 y ss. y 204 y ss.

[6] Jellinek: *Obra citada*, p. 449.

[7] *De Republica*, edición de 1599, I, 8, 123: *Principio definienda fuit majestas quam nec philosophorum nec iurisconsultorum quisquam definit* (*Al principio fue necesario definir la soberanía, que ninguno de los filósofos y jurisconsultos define*).

Amat enim unitatem suprema potestas (La suprema autoridad ama la unidad), había enseñado un precursor de Bodino, Aeneas Sylvius, quien, durante el reinado del emperador Federico III, defendió la idea de la legitimidad de la soberanía imperial sobre el mundo.[8] Este mismo pensamiento de la unidad del poder político, independiente hacia el exterior e irresistible en el interior, apareció en Bodino, poco más de cien años después. El pensamiento francés, que vivió en medio de las guerras civiles religiosas y que llegó a estar amenazado de muerte, creyó que en su patria el único sujeto político posible para el supremo poder unitario era el rey francés. Sin embargo, el hugonote Bodino no era miembro del partido político monárquico, como tampoco lo era el tan a menudo falsificado Tomás Hobbes, quien, según es sabido, se encontró en una posición política semejante a la de Bodino. Pero ninguno de los dos escritores dejó de señalar, en relación con la pregunta teórica sobre el sujeto de la soberanía, ya al príncipe, ya al pueblo.[9]

En el pensamiento de Bodino sobre la naturaleza de la soberanía, es de gran importancia teórica comprobar que los siete atributos que le asigna son considerados por él como elementos del derecho a legislar:

> Hac igitu jubendae ac tollendae legis summa potestate, caetera majestatis capita venire perspicuum est; ut verissime dici possit, summum Reipublicae imperium una re comprehen sum; scilicet universis ac singulis civibus leges dare, a civibus accipere nuncuam (En efecto, es evidente que los demás atributos de la soberanía derivan de este poder soberano de promulgar o derogar la ley; de tal modo que puede decirse, con toda certeza, que el gobierno supremo de la República está comprendido en una sola característica, a saber: dar leyes a todos y cada uno de los ciudadanos, y nunca recibirlas de éstos).[10]

[8] Consúltese: Rehm: *Obra citada*, pp. 196 y ss.

[9] Bodino: *Obra citada*, I, 8, 126: *Princeps populusque in quibus majestas inest* (*El príncipe y el pueblo en quienes reside la soberanía*). I, 10, 235: *Lex est* [Bodino dice *leges definiemus*] *recta summae potestatis iussa, sive unius, sive omnium, sive paucorum sit potestas* (*Ley son los mandatos rectos del supremo poder, ya sea el poder de uno, o de todos, o de pocos*). I, 8, 145: *Nihil autem populi universitate in Republica populari maius esse potest* (*Pues en la República popular nada puede ser mayor que el pueblo como cuerpo*). Y especialmente, I, 16, 238 y II, 1, 276. Hobbes: *De Cive* (*Del ciudadano*), VI, 1, nota XII, 8.

[10] I, 10, 243. Compárese I, 19, 235: *Sunt qui legem a privilegio dividant...* (*Hay quienes separan la ley del privilegio...*).

El propio Bodino agregó, breve, pero expresamente, que enumeró los otros atributos de la soberanía solamente: *quia legis verbum latissime patet* (porque la palabra de la ley es demasiado general).[11]

Sólo una profunda incomprensión de la doctrina de Bodino explica se le haya imputado la idea de que la soberanía del estado es una pura cuestión de hecho, así como que no le hubiera dado un fundamento científico.[12] Por el contrario, la fundamentación de Bodino es, precisamente, la aportación más genial en su teoría del estado y representa, a la vez, su altísimo significado actual. Bodino reconoció que el problema de la soberanía es el problema normativo fundamental, pues es el que expresa la relación entre norma e individualidad. Para comprender la naturaleza de la soberanía y la famosa *legibus solutio* del soberano en la doctrina del autor de *Los seis libros de la república*, es indispensable saber que Bodino distinguió con la mayor precisión entre ley y derecho:

> Plurimum distat lex a jure; ius enim sine iussu ad id quod aequum bonum est, lex autem ad imperantis majestatem pertinent. Est enim lex nihil aliud quam summae potestatis iussum (Mucho difiere la ley del derecho, pues el derecho es bueno porque mira a la equidad sin necesidad de mandamiento expreso, mientras la ley corresponde a la soberanía del gobernante. En efecto, la ley no es otra cosa que un mandamiento del poder soberano).[13]

El soberano de Bodino en manera alguna es ilimitado:

> Nam si legibus omnibus solutam (majestatem) definiamus nullus omnino princeps iura majestatis habere comperiatur, cum omnes teneat lex divina, lex item naturae... legibus divinis ac naturali bus principes omnes ac populi aeque obligantur (Porque si la definimos —a la soberanía— al margen de todas las leyes, no puede haber absolutamente ningún príncipe que en realidad posea los derechos de la soberanía, pues que a todos ellos limítalos la ley divina y también la ley natural... Todos los gobernantes y pueblos están sujetos por igual a las leyes divinas y naturales).[14]

Los súbditos pueden negar obediencia al soberano que viola

[11] I, 10, 244.

[12] En este sentido, Jellinek: *Obra citada*, p. 958.

[13] I, 8, 159. El concepto de *lex* de Bodino puede interpretarse en dos sentidos. Consúltese Rehm: *Obra citada*, p. 223. A. 6.

[14] I, 8, 132 y 134.

estas normas jurídicas fundamentales.[15] En cambio, las normas del derecho positivo:

> quae statum civitatis continent; quae si fieri potest, immutabiles esse et velim et optem (son las que contienen la organización de la comunidad; y de ser posible, uno querría y preferiría permaneciesen inmutables)

No obstante lo cual, agrega:

> Non quia Respublica legibus inservire debeat; cum Reipublicae ac societatis tuendae causa leges omnes ferantur; nec leges quisquam sed Reipublicae causa salvas esse velit (No porque la República deba estar subordinada a las leyes, sino porque todas ellas son promulgadas para proteger la República y la sociedad, y nadie puede pretender que las leyes mismas sean causas violatorias de las leyes de la República).[16]

He aquí ahora la aportación inmortal de Bodino: es el primer pensador que contempló la individualidad del estado en conexión con las condiciones de vida geográficas y climatológicas.[17] Bodino, por vez primera en la historia, reconoció esta peculiar condición geográfica, antropológica e histórica; y sin embargo, subordinó el estado a normas jurídicas superiores, no así al derecho positivo, que nunca puede imponer límites absolutos al poder estatal:

> Neque modo aequum est, sed etiam necessarium, leges in principis arbitrio perinde esse, ut in potestate gubernatoris ipsa gubernacula, quae essent inutilia, nisi ad omnem coeli faciem et opportunitatem moveri ac converti possen (Y no sólo es conveniente, sino también necesario, que las leyes residan en el arbitrio del príncipe, de igual manera que están en poder del piloto los instrumentos propios de la navegación; los cuales serían inútiles si no pudieran emplearse y aplicarse bajo cualquier constelación y en toda oportunidad).[18]

Justamente porque Bodino conoció la existencia de normas jurídicas fundamentales, supo también de la relatividad de todas las cosas terrestres y se mantuvo alejado de la utopía inmanente a la idea de un orden jurídico positivo natural. De acuerdo con su pensamiento, soberano es aquel que puede obligar a todos

[15] III, 4, 461.
[16] IV, 3, 666.
[17] V, 1, 767 y 771.
[18] I, 8, 144.

con sus mandamientos, pero las normas dictadas por el hombre necesitan una adaptación constante: *pro locorum, temporum ac personarum infinita varietate* (según la infinita variedad de los lugares, tiempos y personas),[19] la que únicamente puede ser emprendida por el soberano, pues: *qui iura majestatis habeat, nullius imperio teneri oportet* (a quien tenga los derechos de la soberanía no le conviene estar limitado por ningún poder).[20] Por eso es que Bodino tuvo que invertir la conocida sentencia de los monarcómacos: *lex facit regem* (la ley hace al rey),[21] por cuanto con ella se quería entender por *rex* al soberano y por *lex* al derecho positivo, ya que únicamente es sujeto de la soberanía, aquel *qui post deum immortalem se ipso maiorem videt nominem* (que después de dios inmortal a nadie mayor que él mismo conoce).[22]

El significado de la doctrina de la soberanía en la vida personal de Bodino y en la historia del mundo europeo resalta con la mayor claridad hasta en sus más profundos fundamentos, del último e importantísimo libro del propio Bodino, cuyo título es *Heptaplomeres*.[23] De estas pláticas sobre la religión se desprende cierta repugnancia por las disputas religiosas y un temor por los derramamientos de sangre de las guerras de religión. En la parte final de las pláticas invocó Bodino la autoridad de Tertuliano, quien sostuvo en el siglo segundo de nuestra era que "es contrario a la religión forzar una confesión en asuntos religiosos".[24] Los siete interlocutores, expresa Bodino en el libro citado, no obstante pertenecer a siete religiones distintas, "en admirable concordia, piedad e integridad, realizaron vida y estudios en común, sin volver a disputar sobre cuestiones de religión, a pesar de que cada uno continuó afirmando la suprema santidad de su religión y su inalterabilidad en el tiempo".[25] Con esta doctrina se inició el proceso de secularización del estado, pero a fin de alcanzar esta meta, tuvo necesidad el poder político de inde-

[19] I, 8, 147. En la edición francesa de 1580, p. 145, se dice: *Casser ou changer ou corriger les lois selon l'exigence des temps et des personnes.*

[20] I, 8, 133.

[21] Treumann: *Monarchomachen* (*Monarcómacos*), p. 77, A. 4.

[22] I, 8, 126.

[23] Publicado por primera vez, según el *Manuscrito*, por Guhrauer, Berlín, 1841. Consúltese Dilthey: W. W. II, pp. 146 y ss.

[24] *Obra citada*, p. 158.

[25] *Obra citada*, p. 159.

pendizarse de la iglesia y de la teología y convertirse en el poder terrestre más alto y soberano.

En el siglo XIX principió el proceso de descomposición del concepto de soberanía, consecuencia de algunos movimientos ideológicos cuyos orígenes se encuentran en el siglo mismo en que vivió Bodino. En nuestros días, el concepto de soberanía, para expresar con brevedad el conjunto de causas y los resultados de este proceso de degeneración, carece de sujeto titular y, en consecuencia, de soporte y de patria. La historia de este proceso, que va unido a las leyes inmanentes del pensamiento renacentista, es la historia de la despersonalización total del mundo, una de cuyas manifestaciones, en el aspecto jurídico, es la historia del estado de derecho despersonalizado.

El moderno estado de derecho nació de la creencia general, característica de los tiempos modernos, en la existencia y cognoscibilidad de un orden natural en el mundo, que determina nuestra vida con una legitimidad inconmovible e independiente de nuestro arbitrio personal. Según la concepción deísta del derecho natural, dios reveló una vez este *ordre naturel*, pero la objetividad de la ley y del derecho no podrían ser alterados después de la revelación, ni aún por la voluntad divina. Gabriel Biel lo expresó a principios del siglo XVI.

> Si per impossibile deus non esset, qui est ratio divina, aut ratio illa divina esset errans, adhuc si quis ageret contra rectam rationem angelicam vel humanam aut aliam aliquam, si que esset peccaret (Si por un imposible dios, que es la razón divina, no existiera, o si dicha razón divina estuviese equivocada, aún así, si alguien obrara contra la recta razón angélica o humana o cualquier otra que fuese, pecaría).[26]

En oposición al hombre medieval, el hombre moderno prefirió someterse al poder ininfluenciable e impersonal de la ley, antes que al poder de una persona. El ideal de la impersonalidad y objetividad se presenta en el mundo moderno como el principio estructurador del estado; nos creemos libres cuando estamos subordinados a una ley que se burla de cualquier acto nuestro de arbitrio u oposición. El derecho natural, en la versión renovada por el Renacimiento, tiene como rasgo peculiar su aspiración a independizar la validez del derecho de cualquier autoridad

[26] Dilthey: W. W. II, p. 279, A. 1.

individual, lo que obtuvo mediante el postulado de un orden universal. Por este camino, Hugo Grocio llegó a una teoría axiomática del derecho, con validez universal, fundada en la naturaleza de las relaciones humanas de vida e independiente de cualquier arbitrio individual:

> Est autem just naturale adeo immutabile, ut ne a deo quidem mutari queat. Quam quam enim immensa est dei potentia dici tamen quaedam possunt ad quae se illa non extendit, quia quae ita dicuntur tantum, sensum autem qui rem exprimat nullum habent; sed sibi ipsis repugnant: sicut ergo ut bis duo non sint quator ne a deo quidem potest effici, ita ne hoc quiedem, ut quod intrinseca ratione malum est, malum non sit (El derecho natural es de tal modo inmutable, que ni dios mismo es capaz de cambiarlo. En efecto, aunque el poder de dios es inmenso, sin embargo pueden decirse algunas cosas a las cuales no se extiende, porque las cosas, que de tal modo se dicen, solamente se dicen y no es posible expresarlas en proposiciones que tengan sentido; al contrario, encierran una contradicción en sus términos: por ello, de la misma manera que ni aun por dios puede lograrse que dos veces dos no sean cuatro, así tampoco esto: que lo que por intrínseca razón es malo, no sea malo).[27]

Durante los años en que este orden natural se llenó con la herencia del secularizado cristianismo y se componía de postulados jurídicos dotados de fuerza obligatoria universal y en tanto las clases culturales representativas tuvieron como meta la libertad y la igualdad, no se dudaba de que la justicia requería, para su realización efectiva, de la decisión de una voluntad verdaderamente existente. Hasta los primeros años del siglo XIX, el derecho natural del iluminismo mantuvo la idea de que el orden natural inmanente a la sociedad no podía separarse en la realidad histórica de las autoridades personales. El gran problema práctico-político del derecho natural era, en consecuencia, la pregunta respecto a la manera cómo podría ser objetivada la voluntad personal, ya fuera ésta democrática o autocrática, esto es, a la manera como podría desligarse la soberanía del arbitrio de la voluntad personal. Este problema de la objetivación de la voluntad del poder es, en esencia, el problema del estado de derecho: *toda individualidad, sin excepción, debe estar sometida a una norma jurídica*. Según la teoría clásica del estado de derecho, que nació precisamente de la doctrina de la soberanía del pueblo, la *volonté générale*, esto es, el pueblo, como unidad de voluntad,

[27] *De Jure, Belli ac Pacis*, I, núm. 10, Amsterdam, 1632, p. 4.

es el portador de los valores sociales que, en su renovación constante, se realizan en el derecho. Hablando del soberano dice Rousseau que: *le souverain n'étant formé que des particuliers qui les compossent, par cela seul qu'il est, est toujours tout ce qu'il doit être.*[28] La doctrina de la división de los poderes de Montesquieu no es sino un procedimiento técnico para transformar la *volonté générale,* portadora y creadora de los valores, en una ley cuya imperatividad no admita perturbaciones.[29]

La división de poderes, la idea de la democracia, la doctrina de la corporación y la teoría de los órganos del estado, tienen como misión hacernos concebir la voluntad del titular de la soberanía como una voluntad limpia de toda subjetividad, quiere decir, la voluntad del estado debe ser concebida como una norma autónoma y objetiva, en la que no desempeñe función alguna el arbitrio individual. Para el viejo derecho natural, era indudable que la *volonté générale* era una *conditio per quam* del derecho positivo, así como también que la objetividad de la ley encontraba su fundamento en la generalidad de la voluntad subjetiva del estado. Todavía para Hegel, el pueblo, como unidad de voluntad, es el sujeto presumible de la soberanía.[30]

Esta situación se modificó automáticamente en el instante mismo en que los fundamentos de las ideas políticas perdieron su fuerza obligatoria. El fenómeno se produjo en Alemania a mediados del siglo XIX, poco después de la revolución de 1848. En esos años, cuando la burguesía ya no creía ni en su misión política, ni siquiera en ella misma, en esa época en que la burguesía ya no se interesaba en la justificación de la monarquía[31] y en la que, además, negaba la esencia de las ideas de libertad e igualdad del derecho natural, lo único que restaba de la idea

[28] Obras (Génova, 1782), I, 207. Consúltese Kant: *Metaphysik der Sitten* (*Metafísica de las costumbres*), edición Vorländer, 1906, pp. 170, 135 y ss.: El estado en la idea, "la república pura", esto es, la "comunidad de hombres bajo leyes jurídicas", en la cual, "la *unión de voluntades* del pueblo posee y ejerce el poder legislativo". Hegel: *Philosophie der Geschichte* (*Filosofía de la Historia*), edición Reclam, p. 119: "El pueblo es, en su actuar ético, virtuoso y fuerte, cuando produce aquello que quiere."

[29] Consúltese mi libro: *Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (*Concepto de la ley en la constitución del estado*), edición de la *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer,* Cuaderno 4.

[30] Consúltese la p. 159.

[31] Consúltese mi libro: *Politische Ideenkreise* (*Las ideas políticas contemporáneas*), p. 42 y ss.

clásica del estado de derecho burgués era el principio de la seguridad, esta legalidad formal que constituía una muralla protectora contra los ataques del proletariado. En esos mismos años se quebró la doctrina de la *volonté générale*: la creencia en una *volonté générale* no puede subsistir ni conservar su fuerza sin el apoyo de una idea política unitaria, con validez general, común a todos y, consecuentemente, unificadora de las voluntades individuales. La legitimidad fue desplazada y en su lugar se subrogó una legitimidad formal;[32] según la frase de Max Weber, el estado de derecho de contenido material fue substituido por una forma racional de dominio, caracterizada porque siempre y en todo lugar, se debe únicamente una obediencia impersonal a una competencia objetiva, de tal manera que cada *gobernante* está solamente subordinado a un orden legal impersonal y racional y cada *gobernado* obedece exclusivamente al *derecho*. Para la ciencia del derecho resulta sumamente difícil captar este concepto de soberanía, que, por lo demás, está rozando los límites de la tesis que concibe a la voluntad del estado como una objetividad ideal: la independencia y la supremacía ya no son cualidades de la voluntad, sino de las *normas*. Era natural que dentro de estas ideas, el concepto de soberanía perdiera su soporte y desapareciera su *sujeto*.

Joseph Held[33] hizo notar, a mediados del siglo XIX, que una de las más extraordinarias manifestaciones del estado moderno es el particular significado que atribuye a los poderes legislativo y judicial y a la idea de "obediencia a la ley dictada de conformidad con la constitución". Entre las más notables consecuencias de esta manera de pensar de nuestro tiempo, pueden citarse: la teoría misma del estado de derecho, la doctrina de la soberanía de la ley y el creciente formalismo jurídico. Cuando Hugo Preuss publicó en 1888 su escrito de combate en contra del concepto de soberanía, pudo decir, siguiendo el curso de estas ideas, que su eliminación de la dogmática de la doctrina del estado "era sólo un pequeño paso más en el camino que venía recorriendo desde hacía bastante tiempo la ciencia del estado".[34]

[32] Consúltese Anschütz: *Kommentar zur Reichsverfassung* (*Comentario de la constitución del estado alemán*), p. 5: "La legitimidad no pertenece a los aspectos esenciales del estado y del derecho."

[33] *Staat und Gesellschaft* (*Estado y sociedad*), III, 1845, pp. 253 y ss.

[34] *Gemeinde, Staat und Reich* (*Municipio, estado y estado federal*), p. 135.

El proceso de degeneración del concepto de soberanía se consumó en nuestros días con la despersonalización y vaciamiento totales del estado, que aparece en los escritos de Krabbe y de Kelsen. En ellos se encuentra el fin de la historia de aquella utopía inmanente que, contemplada desde un punto de vista teológico, se presenta como un tránsito que va del teísmo, pasando sobre el deísmo, a una idea inmanente que se realiza en el mundo de los hombres, pero, considerada desde un punto de vista jurídico, concluye en la tesis de la imperatividad de un orden jurídico en cuya formación los hombres no tienen ninguna intervención. En la doctrina de la soberanía del orden jurídico del holandés Krabbe vive aún el último resto del *pathos* moral de la idea universalista del derecho natural del iluminismo, que había sido el portador del viejo concepto del estado de derecho del liberalismo. Esta despersonalizada soberanía del derecho tiene su justificación, según Krabbe, en el "poder impersonal que debe corresponder a las normas jurídicas, precisamente porque son normas jurídicas", a diferencia de la pretendida soberanía del estado, que descansa en el principio de que el "poder tiene su raíz en el derecho de una persona a mandar".[35] La evolución del estado de derecho condujo a una inevitable victoria del orden jurídico y a la exclusión del poder de cualquier autoridad pública originaria. Con este final obtuvo su gran victoria el principio de la substitución del poder personal por un poder espiritual.

En nuestra época, ya no vivimos bajo el dominio de personas, sean naturales o jurídicas, sino bajo el dominio de las normas o, lo que es igual, de fuerzas espirituales. Estas fuerzas son las que dominan en el mundo contemporáneo, usando esa palabra en su más amplio sentido.[36]

En la doctrina de la soberanía del orden jurídico de Krabbe se encuentra todavía, si bien grandemente atenuada, la idea del estado de derecho del liberalismo, así como también un resto efectivo de la voluntad soberana del estado. Esta falta de formalismo y los restos de substancialismo motivaron el reproche de Kelsen,[37] quien, juntamente con su pequeño pero activo séquito,

[35] *Lehre der Reichssouveränität* (*Doctrina de la soberanía del Estado*), p. 97. Sobre el mismo tema, Struycken: *Recht en Gezag* (Arnhem, 1916).

[36] *Moderne Staatssidee* (*La idea moderna del estado*), p. 81.

[37] Kelen: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (*El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*), p. 24 y ss. Al adoptar una posición especial respecto de la doctrina kelseniana,

devino el heraldo de la lucha contra el dogma de la soberanía, dogma que sólo incurriendo en contradicciones podía ser mantenido dentro de las ideas reinantes. Más adelante mostraremos que en la secuencia de las doctrinas, Kelsen no es más que el consecuente ejecutor testamentario de dichas ideas.

La ausencia de patria y de soporte para el concepto de soberanía de la *Teoría pura del derecho* se desprende, con absoluta necesidad, de la carencia de sujeto. Nunca se había llegado, en forma tan radical, a la despersonalización del mundo de lo jurídico, ni se había negado tampoco, con idéntica radicalidad, el problema fundamental de toda ciencia normativa, que es la cuestión relativa a la relación entre norma y personalidad. Según Kelsen, cada persona es únicamente la personificación ficticia de un sistema de normas, tesis de la que se deduce necesariamente la identidad entre estado y orden jurídico. Para quien adopte esta posición en la mecánica de la personificación,[38] tiene que aparecer absolutamente claro que ninguna voluntad puede tener autoridad jurídica, de lo que a su vez se desprende que solamente el orden jurídico puede ser soberano. Este orden jurídico indeterminado de la Teoría pura del derecho, que va, sin embargo, precedido por el *artículo determinado*, es un residuo del derecho natural del iluminismo. Pero el derecho natural kelseniano,[39] al que el jefe de la Escuela vienesa hace frecuentes referencias, pudo únicamente conservarse en su doctrina merced a la cohesión lógica de los elementos que forman su pensamiento; le faltan, sin em-

lo hacemos por cuanto el jefe de la escuela vienesa es el continuador de la tendencia dominante en la doctrina contemporánea de la soberanía, la cual, según hemos indicado, fue inaugurada por Pablo Laband; Kelsen ha seguido esta corriente, llevándola a sus últimas consecuencias. No podíamos pasar por alto su doctrina, no obstante el fracaso de sus deducciones y sus arbitrarios juegos conceptuales, porque la monografía de Kelsen sobre este tema es la más amplia que se ha escrito en los últimos años. Conviene todavía agregar que uno de los precursores de Kelsen es Affolter (*Allgemeines Staatsrecht* [*Derecho público general*], II). Debe mencionarse también a Kormann (*Annalen des Deutschen Reiches* [*Anales del Imperio alemán*], 1911, p. 857). Sostiene este autor que el concepto de soberanía es indispensable para la dogmática contemporánea del derecho. Consúltese mi artículo: *Krisis der Staatslehre* (*Crisis de la teoría del estado*) en *Archiv für Sozialwissenschaft* (*Archivos de ciencia social*), núm. 55, pp. 289 y ss.

[38] *Obra citada*, p. 289.

[39] *Obra citada*, pp. 214 y 252. En la p. 307, "A", se pronuncia el autor en contra de la idea del derecho natural, diciendo que "desde el punto de vista del conocimiento jurídico positivo o es una *afirmación arbitraria* o un *postulado político*".

bargo, sus elementos normales, su alma y su contenido; es un derecho natural al que le faltan la convicción y el amor. Pero no obstante esas referencias al derecho natural, Kelsen pretende ser un positivista puro, lo que le conduce a la afirmación de la posibilidad del estado de derecho, independientemente del contenido ético, político y social de que se le dote y a la concepción del derecho como una forma susceptible de recibir cualquier contenido. Sus especulaciones, en la medida en que no constituyen, pura y simplemente, las bases de un anarquismo disfrazado, no pueden negar su entroncamiento con el pensamiento democrático-liberal. Ocasionalmente emerge también en Kelsen la noción del *ordre naturel* impersonal como el ideal jurídico por realizar: "Con la superación del dogma de la soberanía de cada estado", anuncia el antiguo profesor de la Universidad de Viena, igual que lo haría un profeta, "se impondrá un orden jurídico universal justo, una *civitas maxima,* independiente de todo reconocimiento y colocada sobre los estados particulares".[40] En su lucha en contra del dogma de la soberanía, la Teoría pura del derecho se presenta revestida de un particular atractivo cuando, enlazándose con el derecho natural del marxismo, enseña:

> que los hombres llamados a crear e imponer coactivamente el derecho, en la persecusión de sus propios intereses se convierten en un factor de poder independiente que se ejerce sobre los ciudadanos; pero este hecho, que puede ser una realidad indiscutible, no interesa a la concepción democrático-liberal formal, pues está más allá del conocimiento de lo jurídico.[41]

No es tarea sencilla fijar el significado de la crítica kelseniana al concepto de soberanía. Como ocurre frecuentemente, también en este caso se derrumba la aparente lógica del sistema, tan pronto se la somete a una meditación cuidadosa. En la página tres de su monografía sobre el concepto de soberanía afirma Kelsen que es un concepto necesario, "cuya recta e indestructible finalidad" se propone demostrar, pero en la página última de la monografía se dice que la idea de soberanía debe ser "radicalmente extirpada"; y en otro párrafo de la misma monografía[42] agrega el jefe de la Teoría pura del derecho que "es tiempo

[40] *Obra citada,* p. 320.
[41] *Obra citada,* p. 260.
[42] *Wörterbuch des Völkerrechts* (*Diccionario de derecho internacional*), tomo II, *p.* 559.

ya de que este concepto, que desde hace varios siglos ha venido desempeñando un papel problemático en la historia de la ciencia del derecho, desaparezca del diccionario del derecho internacional". En una obra un poco posterior a la monografía mencionada, parece, sin embargo, que no logró Kelsen la supresión del concepto de soberanía de la doctrina del estado; en este segundo libro, la soberanía resulta ser, nada menos, que un problema cardinal de la teoría del estado y del derecho.[43] Ocurre, además, que Kelsen habla en varias ocasiones de "la única soberanía auténtica, que es la del orden jurídico internacional";[44] y no se sabe si también este concepto debe desterrarse o si el orden jurídico internacional es o puede ser soberano, en razón de no constituir aún una unidad de poder. En otros párrafos de las obras kelsenianas, la soberanía del estado aparece de pronto identificada con la positividad del derecho,[45] presentándose asimismo como un símbolo de la "unidad del sistema jurídico y de la pureza del conocimiento jurídico".[46] Un *embarras de richesse*, tal es el resultado que se desprende de estas frases, cada una de las cuales contiene un significado esencialmente distinto del que se deduce de las otras. Creemos, en vista de lo que llevamos expuesto, que la idea que tiene Kelsen de la soberanía no es en manera alguna clara y que esta falta de claridad hace que el pensador vienés silencie u oculte el verdadero problema de la soberanía.

La crítica del concepto de soberanía emprendida por Hugo Preuss procede de una orientación ideológica esencialmente distinta: el camino seguido por el pensamiento de Preuss parte del romanticismo, atraviesa la teoría germánica de la corporación y desemboca en el sindicalismo moderno. La misma concepción iusnaturalista de Preuss, no obstante las diferencias producidas por el tiempo y las variantes que separan a los escritores de los años del romanticismo, no le aparta radicalmente de los primitivos románticos. Entre éstos y Preuss se dan, como rasgos comunes, la tendencia federativa, la oposición al estado centralizado pero inorgánico y la inclinación hacia una organización corporativa de la comunidad política. De labios de Preuss escu-

[43] *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), p. 103.
[44] *Die Souveränität* (*La soberanía*), p. 288.
[45] *Obra citada*, p. 86.
[46] *Obra citada*, p. 189 y *Staatslehre* (*Teoría del estado*), p. 106.

chamos que a principios del siglo XIX, el concepto de soberanía, tan firme y unitario en el pasado, principió a palidecer y a derrumbarse; la realidad es que el concepto de soberanía constituyó en el pasado y lo es todavía en el presente, el sostén del poder absoluto del estado. En nuestros días, agrega Preuss, comienza a desarrollarse, con apoyo en el derecho germánico, la idea del estado de derecho, que está llamada a extirpar y a substituir, no solamente el concepto románico de la soberanía, sino aún la palabra misma. Cuando se contempla a la concepción orgánica del estado de Preuss entrar en una guerra a muerte con la pretensión de la voluntad soberana del estado todopoderoso [47] de invadir el campo de las diversas actividades sociales, viene inevitablemente a la memoria la teoría orgánica de los primitivos románticos y su oposición a la maquinaria estatal de Federico el Grande: "Desde la muerte de Federico Guillermo I, Prusia, mejor que cualquier otro estado, ha sido administrada como si fuera una simple fábrica"; tal es la frase de Novalis, [48] cuya simpatía por la república es bien conocida, como también lo es la del joven Federico Schlegel. [49] En los ensayos de Schelling se presentan continuamente un universalismo pacifista, una teoría organicista teñida de iusnaturalismo y una oposición sistemática a la centralización estatal que pretendía absorber todos los círculos sociales y todas las corporaciones. [50] La inclinación del joven Hegel en contra del estado de Federico el Grande proviene de la misma fuente del romanticismo:

> Es un grave prejuicio —escribió Hegel— la creencia de que el estado es una máquina movida por un solo resorte, que es quien imprime el movimiento a todas las restantes piezas; [51]

en un escrito posterior sostuvo el autor de *Las lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, que puesto que la estructuración de los órganos supremos del estado había alcanzado un

[47] Preuss: *Obra citada*, pp. 126, 133 y 136.

[48] W. W. Minor, II, p. 157.

[49] Novalis: *Obra citada*, pp. 150, 160 y 270. Sobre Schleger, consúltese Metzger: *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des deutschen Idealismus* (*Sociedad, derecho y estado, según la ética del idealismo alemán*), pp. 224 y s.

[50] Consúltese Metzger: *Obra citada*, p. 237.

[51] Consúltese mi libro: *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke* (*Hegel y el pensamiento del estado — poder nacional*), p. 93.

alto grado de perfeccionamiento, "era llegado el momento de incorporar nuevamente al estado las corporaciones que vivían dentro de él, pues una unidad viva es solamente posible como un todo orgánico, cuyas partes constituyan círculos especiales subordinados al todo".[52]

Hay una línea que conduce a la teoría germánica de la corporación de Besseler, a través de la espléndida construcción de Gierke, hasta Preuss. Krabbe y Kelsen niegan la soberanía porque uno y otro escritores niegan la multiplicidad y la individualidad; Preuss, por lo contrario, se coloca en una posición opuesta: la soberanía, explica, niega la multiplicidad de la unidad.[53] Y cuando el escritor de que nos venimos ocupando, que fue discípulo de Gierke, opone a la teoría mecánica del mundo y del estado su concepción orgánica, se apoya expresamente en Schelling:[54]

> Actualmente, el derecho internacional y el derecho de las asociaciones de tipo político-social —este último concebido como un derecho autónomo a la propia administración— son los enemigos comunes y los vencedores de la idea de la soberanía.[55] En tanto la idea precisa y pura de la soberanía considera al estado como un miembro único en su especie y lo opone, *absolutamente aislado*, a las restantes manifestaciones de la vida jurídica; la teoría orgánica de la personalidad lo contempla como un eslabón en la gran cadena de los organismos y de las personas,[56] como un miembro igual a los demás en la cadena de las comunidades humanas.[57]

La consecuencia de estas ideas consiste, según Preuss, en que el concepto de soberanía constituye un *radix malorum*, de lo que a su vez deduce que su eliminación de la dogmática del derecho público es la condición primera para facilitar el progreso de la moderna ciencia del derecho.[58] Con una gran semejanza,

[52] *Obra citada*, p. 102. Consúltese: *Rechtsphilosophie* (*Filosofía del derecho*), núm. 290: "La fuerza del estado radica, propiamente, en la comunidad."

[53] *Obra citada*, p. 212.

[54] *Obra citada*, pp. 138 y 140.

[55] *Obra citada*, p. 118.

[56] *Obra citada*, p. 174.

[57] *Obra citada*, p. 209. Véanse, además, las pp. 122 y 223 y la polémica contra Laband, en la p. 165.

[58] Obra citada, pp. 98 y 92. En todo caso, la exposición de Preuss adolece también de contradicciones. En tanto que Preuss, en general, combate el concepto de soberanía como tal y aun critica a Gierke (p. 176), encuentra después, tal como lo hacen, entre otros, Gierke y Brie, que el concepto de soberanía es compatible con el estado de derecho y con el derecho internacional.

pero sobre una base social distinta y sin relación alguna con las tendencias doctrinales hasta ahora expuestas, el sindicalismo revolucionario es una postura anti-estatista y federalista; esta corriente alcanzó un gran desarrollo en los últimos años entre los pensadores franceses e italianos y, después de la primera guerra mundial, encontró algunos partidarios en Alemania.[59] El sindicalismo revolucionario, que pretende construir el mundo político sobre los sindicatos de trabajadores no centralizados, tuvo que adoptar una actitud oposicionista al dogma de la soberanía, que, por lo demás y según la convicción de los sindicalistas, apenas si subsiste en la actualidad.

El ataque más apasionado de esta corriente en contra del dogma de la soberanía, procede del círculo de ideas del sindicalismo francés: León Duguit, espíritu temperamental y contradictorio, emprendió la tarea de construir una teoría realista del estado, sin estado.[60] La persona que no sobreestime el valor de las contradicciones metódicas, no habrá de maravillarse por la similitud de resultados a que llegan el sociologismo naturalista de Duguit y la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Ambos consideran como uno de sus principales objetivos liberar a la ciencia del derecho de ingredientes metafísicos y, por otra parte, los dos pensadores se propusieron substituir el pensamiento mitológico de los juristas con la elaboración científica de los conceptos.[61] Partiendo de este punto de vista, Duguit estima que las ideas de voluntad y personalidad del estado están en abierta oposición con los postulados científicos. El escritor francés llega a encontrar paradójico *soutenir que la puissance publique n'existe pas*, pero está no obstante *profondément convaincu* de su existencia, pues el poder del estado no es sino *une forme sco-*

[59] La literatura sobre ese tema se encuentra en: *Handwörterbuch der Staatswissenschaft* (*Diccionario de la ciencia del estado*), tomo VII, p. 1192. No se debe juzgar al sindicalismo —como lo hace Sombart— por las solas obras de los escritores, pues, a menudo, están distantes de su espíritu. Consúltese Carnelisse: *Archiv für Sozialwissenschaft* (*Archivos de Ciencia Social*), pp. 30 y particularmente, 169 y ss.

[60] Una buena exposición de la doctrina de Duguit, se encuentra en su libro: "*Le Droit Social, le Droit Individuel et la Transformation de l'Etat* (tercera edición). Además, su libro: *Souveraineté et Liberté*; y su riquísimo libro: *Traité de Droit Constitutionnel* (segunda edición). Compárese Menzel: *Oest Ztschr. O. R.* (*Revista Austriaca de Derecho Público*), I, pp. 114 y ss.

[61] *Traité*, tomo I, pp. 10 y ss. *Le Droit*, pp. 27 y ss.

lastique vide.[62] Con verdadero entusiasmo, acepta Duguit las doctrinas del sindicalista Berth: *Oui, l'état est mort*; sin embargo, recordando que es autor de una teoría del estado, es suficientemente precavido y agrega: *ou plutôt est en train de mourir.*[63] Felizmente, porque si la idea colectivista triunfase, *ce serait pour l'état une monstruese puissance... ce serait l'écrasement de l'individu et le retour à la barbarie.*[64] Es interesante anotar, por una parte, que el individualismo anárquico de Duguit pretende reconocer a cada persona un derecho activo y pasivo de resistencia[65] frente a *les lois contraires au droit* y, por otra parte, que el propio Duguit concluye en una despersonalización radical del mundo jurídico: el concepto de derecho subjetivo, según el tratadista francés, es *une notion d'ordre metaphysique, qui ne doit pas avoir sa place dans l'organisation positive des sociétés modernes.*[66] También en la doctrina que venimos examinando desempeña su misterioso papel el *ordre naturel*: el sociologismo de Duguit no se apoya, ciertamente, en una norma, cuyo fundamento estaría constituido por determinados principios, pero sí se basa en una ley que se impone a los hombres:

> lors qu'elle est conforme aux conditions de vie actuelles, momentanées et changeantes d'une société donnée, déterminées par l'observation et l'analyse rationnelle de son évolution et de sa structure.[67]

Esta norma social se eleva a *règle de droit* mediante *la conscience de la masse des individus* y su *sentiment de la justice*. Duguit sostiene, además, que el estado nada tiene que ver con la legislación:

> Le droit n'est une création de l'état, il existe en dehors de l'état; la notion de droit est tout a fait indépendent de la notion d'état et la règle de droit s'impose à l'état como elle s'impose aux individus.[68]

En estas condiciones, resulta casi superfluo insistir en que *la croyance a l'existence d'une puissance souveraine étatique ne co-*

[62] *Le Droit*, p. 22.
[63] *Obra citada*, p. 156.
[64] *Obra citada*, p. 40.
[65] *Traité*, tomo III, pp. 659 y ss., y 735 y ss. En todo caso, este derecho de resistencia, sólo desde un punto de vista teórico es *incontrovertible* (p. 779).
[66] *Le Droit*, p. 4. *Traité*, tomo I, pp. 6 y 164.
[67] *Le Droit*, p. 62. *Traité*, tomo I, p. 18.
[68] *Traité*, tomo I, p. 33.

rresponde a rien de réel et qu'elle est en train de disparaître.[69] A propósito de la doctrina corriente de la soberanía, Duguit agrega que:

> quelque logique qu'elle soit, il n'y a pas un atome de réalité positive, c'est une construction de metaphysique formelle, curieuse et logiquement édifiée, mais tout a fait étrangère a la réalité concrète et est aujourd'hui en train de s'écrouler.[70]

Particularmente rica en conclusiones para la problemática del concepto de soberanía es la literatura marxista y anarco-sindicalista. El marxismo, que es una concepción económica unilateral, no realizó estudios especiales sobre el problema de la soberanía, no obstante que afecta directamente a la teoría de la dictadura del proletariado.[71] Sin embargo, no es posible imaginar una negación más radical del concepto de soberanía del estado que la que se desprende del sistema marxista: sin duda, no es exacto, como se afirma en algunos ensayos superficiales, que esta negación derive de la teoría de la lucha de clases; mediante esta teoría puede ponerse en duda la soberanía del estado moderno, pero donde existe lucha, debe existir también la soberanía. El fundamento para la negación del concepto de soberanía consiste en el ideal, común al marxismo y al liberalismo jurídico burgués, de un orden natural impersonal, libre de toda dominación. Engels reprodujo, en la siguiente frase, un pensamiento de Saint-Simont: "En lugar del gobierno sobre las personas, se colocará la administración sobre las cosas y la dirección de los procesos de la producción."[72]

Desde que se inició la era del nuevo derecho natural, corren paralelos un concepto idealista del *ordre naturel*, que desemboca finalmente en la idea de una ley jurídica universal, y un ideal positivista, dirigido hacia un *ordre naturel* causalmente regulado

[69] *Le Droit*, pp. 1 y ss.
[70] *Souveraineté*, p. 77. *Traité*, tomo II, p. 93 y ss.
[71] Más adelante volveremos sobre la interesante doctrina de Menger (*Neue Staatslehre* [*Nueva teoría del estado*], p. 164), que tan lejos se encuentra de la teoría marxista de la soberanía. Pero es también característico en Menger (*Obra citada*, p. 161) el ataque a la idea de la personalidad del estado, a través del cual consigue que los fines de los grupos económicos más importantes, aparezcan como los fines de todos.
[72] *Umwälzung der Wissenschaft* (*La transformación de la ciencia*), p. 302.

y en oposición con el concepto de una soberanía radicada en la individualidad del estado. Según la doctrina marxista, la soberanía de las leyes económicas, de las que el orden jurídico es un simple reflejo y cuya necesidad está comprobada científicamente, debe substituir a las distintas formas de la autoridad personal, las que, por otra parte, se traducirán siempre en una explotación económica. Esta legitimación científica de la existencia social, independiente de todo poder personal, es la herencia del ideal burgués de seguridad. En la concepción marxista se separan también, como en el mundo liberal burgués, las ideas de norma y personalidad, lógicamente con una visión colectivista, lo que trae como consecuencia la destrucción de la personalidad. El hombre, "en sus relaciones individuales, deviene miembro de una especie" [73] y, en consecuencia, ya no se toman en consideración las diferencias de tiempo y de persona.

Esta misma concepción de un *ordre naturel* impersonal y objetivo se encuentra en casi todos los anarco-sindicalistas. Los defensores de esta doctrina describen el *ordre naturel* en términos que recuerdan frecuentemente a Biel y a Grocio; así, a ejemplo, se expresa Proudhon: [74] "Únicamente la ley debe mandar sobre los hombres; la potestad legislativa corresponde tan sólo a la razón; la justicia y la legalidad son tan independientes de nuestra voluntad como las verdades matemáticas." Bakunin "reconoce únicamente las leyes naturales, económicas y sociales, que no son impuestas por la autoridad y que se desprenden de las cosas, de las relaciones sociales y de las situaciones reales. Quienes hoy se llaman ciudadanos libres, no obstante lo que creen y afirman, tienen que obedecer a los representantes de las leyes, que son precisamente los gobernantes". [75]

Un esfuerzo considerable por explicar el concepto de soberanía

[73] Mehring: *Aus dem literarischen Nachlass von Karl Marx* (*Ensayos literarios póstumos de Karl Marx*), tomo I, p. 424.

[74] Proudhon: *¿Qué es la propiedad?* (edición en alemán, Berlín, 1898, pp. 23 y 225). Como disparada por una pistola, de este concepto absoluto y objetivo de la legalidad, surge de pronto la nación como el sujeto del poder legislativo. "Solamente la Nación tiene el derecho de decir: mandamos y ordenamos."

[75] Bakunin, W. W. I. (Berlín, 1921), pp. 215 y ss. Compárese la defensa del anarquismo por el marxista neo-kantiano Adler: *Staatsauffassung des Marxismus* (*La idea del estado del marxismo*), pp. 205 y ss. Consúltese mi libro: *Sozialismus und Nation* (*Socialismo y nación*), pp. 51 y ss.

fue emprendido por Harold J. Laski,[76] pensador inglés cuyas ideas están próximas al marxismo. Su doctrina, generalmente rica y contradictoria, no puede sin embargo ser reputada como marxista en ninguno de los aspectos de la curiosa mezcla que realiza entre el liberalismo y el pragmatismo ingleses, la teoría de la corporación de Gierke y el sindicalismo antiestatista. Nos parece que Laski no entendió el significado del concepto de soberanía, por lo que su crítica adquiere la categoría de una lucha contra molinos de viento.[77] La afirmación, enfáticamente hecha por Laski: *My allegiance is divided between the different groups to which I belong,* no ha sido siquiera discutida por pensador alguno; y la frase, apasionadamente combatida por el escritor inglés: *What the state wills has therefore moral preeminence,*[78] no ha sido afirmada por ningún escritor. Para la historia del concepto de soberanía tiene una significación particular su repetida afirmación: *That the real rulers of a society are undiscoverable. The will of the. state, in fact, is the will of government as that will is accepted by the citizens over what it rules.*[79] Lo que produce el desplazamiento de la soberanía del estado en el pensamiento de Laski es la falta de sujeto del concepto; Laski no puede encontrar ese sujeto, pues en el problema de la representación política ve únicamente: *The problem of enabling me to have contact with those men (whose actions reveal a purpose sufficiently akin to my own to enlist my support).*[80]

Son pocos los ataques en contra de la doctrina de la soberanía interna del estado imperante en nuestros días y no es fácil precisarlos, pues es una tarea ardua la determinación de las dificultades que suscita la soberanía estatal interna.

Por el contrario, especialmente después de la primera guerra

[76] *Studies in the Problem of Sovereignty,* 1917. *The Foundation of Sovereignty,* 1921. *Grammar of Politics,* 1926, pp. 44 y ss.

[77] El norteamericano W. W. Willoughby (*Fundamental Concepts of Public Law,* p. 44) observa a este respecto: "*He* (Laski) *persistently adds to the jurist's conception of sovereignty qualities which the jurist expressly excludes, and that it is upon the basis of this false definition that he denies to sovereignty that omnipotence which jurists ascite to it.*" *Studies,* 15, 8.

[78] *Studies,* 15, 8.

[79] *Grammar,* p. 56. Sin embargo, algunos renglones después, se lee: "*The community over which they preside must be given the chance to decide that it prefers a different body of men as governors. There is, that is to say, no permanent right to power.* Consúltese: *Foundations,* pp. 28 y ss. y *Studies,* 7, 17.

[80] *Grammar,* p. 265.

mundial, son numerosos y apasionados los ataques en contra de la soberanía externa del estado. En todos ellos, late la idea de que el concepto absoluto de soberanía de Bodino está envejecido, por lo que ya no corresponde a la condición actual de las relaciones internacionales. Para comprender el problema en su integridad, debemos averiguar, ante todo, cual es el papel que asignó Bodino al sujeto de la soberanía en relación con el derecho internacional: la verdad es que el autor de *Los seis libros de la República*, en lugar de concebir al soberano como un poder ilimitado hacia el exterior, lo considera ligado, no solamente por el *ius divinum* y por el *ius naturale*, sino también por la "*lex omnium gentium communis, quae naturae legibus ac divinis divisas habet rationes*" (ley común a todas las gentes, que toma sus razones de las leyes de la naturaleza y las divinas).[81] Es por ello que el derecho de propiedad privada participa de la indestructibilidad del *ius gentium*[82] y el derecho de los contratos de la santidad del derecho natural.[83] Ni siquiera el peligro de su propia destrucción puede liberar al estado de sus obligaciones contractuales:

> Cum igitur fides iustitiae totius unicum sit firmamentum, quo non modo Reipublicae, sed omnia humana societas continentur (Siendo, en efecto, el único fundamento de toda justicia la buena fe, con la cual se mantiene no sólo la solidaridad de la República sino también de la sociedad humana en su conjunto).[84]

Sin embargo, en el libro tercero, capítulo cuarto, de *Los seis libros de la República*, en uno de los párrafos menos citados, llega Bodino no sólo a la conclusión de que el magistrado debe aplicar los "*iussa principies quae a naturae legibus non erunt aliens, etiamsi cum iure caeterarum gentium discrepare videantur*" (mandatos del príncipe que no fuesen ajenos ni a las leyes divinas, ni a las leyes de la naturaleza, aun cuando parezcan estar en discrepancia con los derechos de las demás naciones), sino que también rehúsa al magistrado la facultad de negar obediencia o deponer el cargo frente a mandatos *quae putat, quamquam falso, naturae contraria* (que considere, aunque falsamente, contrarios

[81] *De Republica*, I, 8, 132.
[82] I, 8, 160.
[83] I, 8, 137. Compárese 156.
[84] v, 6, 928. De la fidelidad a los contratos quedan excluidos los *pacta turpia*.

a la naturaleza). Conviene reproducir íntegramente el párrafo respectivo:

> Quae enim natura iusta sunt, pravis opinionibus interdum sic obscurantur, ut quid sequendum, quidve fugiendum sit, non facile intelligatur: ita saepe Jurisconsultorum ac philosophorum dissidentes sententiae; ac tam variae populorum, tamque discrepantes inter se leges sunt, ut ex iisdem causis interdum praemia in una civitate proposita sint, ex quibus poena in aliis civitatibus irrogantur (Las cosas que por naturaleza son justas, a veces son embrolladas de tal modo por las opiniones torcidas, que no resulta fácil comprender qué es lo que debe aceptarse y qué lo que debe rehuirse: así, a menudo, los pareceres encontrados de jurisconsultos y filósofos; también las leyes de los pueblos son tan variadas y discrepantes entre sí, que en ocasiones se establecen recompensas en una comunidad, por los mismos motivos que se imponen penas en otras comunidades).[85]

De todo lo anterior se deduce que para Bodino, el sujeto de la soberanía tiene una incuestionable existencia y está debidamente legitimado. Para el pensamiento contemporáneo, por el contrario, la existencia de una voluntad colectiva del estado como sujeto de la soberanía ha llegado a ser una cuestión problemática, como lo es también su legitimación ético-política. Ahora bien, las mismas razones que explican el proceso de degeneración del dogma de la soberanía estatal, tal como ha sido descrito, se aplican a las nuevas doctrinas de la soberanía internacional, las que, en consecuencia, adolecen de los mismos defectos que encontramos en el proceso de la degeneración de la soberanía estatal: las nuevas manifestaciones del derecho natural universal, las corrientes pacifistas, las ideologías económicas y el principio de seguridad, son las tendencias que niegan en nuestros días la soberanía del estado nacional y que, o la reclaman como atributo de la organización internacional o la exigen o afirman para el derecho internacional.

Entre los enemigos actuales del dogma de la soberanía, un grupo radical pretende descartarlo también del derecho internacional, en tanto otro grupo, más moderado en sus opiniones, lo conserva como un concepto del derecho internacional, pero desprovisto de su sentido absoluto.

[85] *Obra citada*, pp. 462 y ss. Compárese la fundamentación que hace después de este párrafo y según la cual, es de seguirse la decisión de la multitud y no la de los sabios.

En Alemania, además de Kelsen, sólo un pequeño grupo, manifiestamente bajo la influencia del profesor vienés, se ha pronunciado en favor de la eliminación total de la soberanía dentro del campo del derecho internacional.[86]

Más precavidas son otras voces, cada día más numerosas, que hablan, simplemente, de una limitación del concepto usual de la soberanía.[87] Una buena exposición de la literatura que pugna por la limitación de la soberanía y, a la vez, una de las mejores aportaciones a este tema, se encuentra en los trabajos publicados en francés por el escritor norteamericano James W. Garner[88] y en las obras del profesor griego Politis.[89] El primero de los autores citados se pronuncia en contra de la doctrina de la soberanía que atribuye al estado:

[86] Consúltese Kunz: *Wörterbuch des Völkerrechts* (*Diccionario de Derecho Internacional*), tomo II, p. 298, bajo el título: *Souveränität als Hemmis des Völkerrechts, das Wichtigste des Kampfes gegen jenes Dogma.* (*La soberanía como barrera al derecho internacional, lo más importante de la lucha en contra de ese dogma*). Compárese también, aun incurso en las acostumbradas contradicciones, Strupp (*Grundzüge des positiven Völkerrechts* [*Principios fundamentales del derecho internacional positivo*], p. 44): "El concepto de soberanía debe desaparecer totalmente del derecho internacional"; pero en la p. 69, el estado, en su actividad externa, es designado como *todopoderoso.* En otro estudio (*Theorie und Praxis des Völkerrechts* [*Teoría y práctica del derecho internacional*], p. 8), considera al concepto de soberanía como absolutamente superfluo y causa de confusiones. Compárese también, Thieme (*Fortbildung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit* [*Formación de la jurisdicción internacional*], pp. 33 y s.). Antes de Kelsen, Nippold (*Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten* [*Formación del procedimiento de las controversias internacionales*], p. 59), había ya afirmado que la soberanía "no es un principio propio del derecho internacional". F. W. Coker (*Political theories of recent times*, 1927, edición de Merriam and Barnes, cap. III, ofrece una buena exposición de la literatura extranjera que pretende descartar el dogma de la soberanía, en su totalidad.

[87] Justificadamente, afirma Marck (*Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie* [*Conceptos de función y substancia en la filosofía del derecho*], p. 133): "Soberanía, en el sentido de validez absoluta e incondicionada de un *Orden*, y la autonomía de un *Sistema*, pueden únicamente corresponder al derecho y nunca al estado, considerado éste como comunidad." Últimamente, expresó Thoma (*Handwörterbuch der Staatswissenschaft* [*Diccionario de la Ciencia del Derecho*], tomo VII, p. 755): "Si en la humanidad debe valer el derecho, el estado no puede ser concebido como absolutamente soberano"; compárese, también, la pp. 75 y s. Consúltese, además: Verdross (*Einheit des rechtlichen Weltbildes* [Unidad del orden *jurídico universal*]) y Le Für (*Revue Fisscher*, 1925, pp. 59 y s.).

[88] *Des Limitations a la Souveraineté* (*Revue Fisscher*, vol. 52, pp. 36 y s.).

[89] *Le Problème des Limitations à la Souveraineté Nationale* (*Academie de Droit Internationale*, 1925, vol. I, pp. 5 y ss.).

des pouvoirs juridiques illimités vis-a-vis des autres états et de leurs nationaux, pouvoirs qui ne sont soumis à aucun contrôle, sauf celui que l'état s'impose à lui même et qui lui confère le droit de régler souverainement, et sans égard pour les autres états, sa propre conduite et sa politique intérieure dé se faire le seul juge de ses obligations internationales, de choisir librement la forme de son gouvernement et de la modifier à volonté.[90]

La antigua doctrina de la soberanía, por el contrario, armoniza con la situación internacional de nuestro siglo:

A la place d'une anarchie de souverainetés nous avons une société d'états independants, unis par le droit et liés par une intense solidarité d'intérêts. Du point de vue économique, le monde apparaît dans une large mesure comme une unité.[91]

Garner no contradice a quienes afirman que el mundo internacional, aún antes de la organización de la Sociedad de las Naciones, ya poseía el carácter *d'une fédération douée d'une personnalité juridique corporative.*[92] El escritor norteamericano ve sin embargo en la doctrina usual de la soberanía *l'obstacle principal à une organisation mondiale, un obstacle au maintien de la paix et au progrès des intérêts communs des états.*[93]

Una doctrina particularmente destacada dentro de las corrientes que venimos examinando, es la teoría de la *World-Sovereignty*, expuesta por el Secretario de Estado del presidente Wilson, Robert Lansing. El político práctico que vive en Lansing no quiere oír hablar de una soberanía del orden jurídico, a la que denomina, *an agreable phrase to the present generation.*[94] El antiguo Secretario de Estado es partidario de la tesis que admite la posibilidad *to conceive of the human race as one body,* pero agrega que *from the very nature of things* se desprende, necesariamente, *that in this unorganized mass of humanity there must be a certain body of individuals possesing a physical might sufficient to compel obedience by every member of the human race throughout the world. Such superior physical might constitutes sovereignty, and, since its only limit is the earth, it may properly be termed World*

[90] *Obra citada,* pp. 38 y s.
[91] *Obra citada,* p. 52.
[92] *Obra citada,* p. 53
[93] *Obra citada,* pp. 54 y 55.
[94] *Lansing: Notes on Sovereignty,* p. 83.

Sovereignty. Lansing se formula inmediatamente la objeción de que esta *physical force* no posee una *definitive manifestation,* pero se responde diciendo que *the existing of such supreme force is self-proving.* Por este camino, llega a la conclusión de que *the dominant body of individuals posses the World Sovereignty and it is self the World Sovereignty.*[95]

En los últimos tiempos, N. Politis aportó un extenso estudio a la lucha en contra del dogma de la soberanía. Sus argumentos e ideas fundamentales acerca del estado y del derecho poseen un hondo significado dentro de las corrientes internacionalistas que venimos analizando. Politis piensa que *à l'instar de toutes autres règles de droit, celles du droit international sont issues des besoins économiques et lentemente formées dans la conscience juridique des peuples.*[96] El estado es *une pure abstraction,* detrás de cuya *vaine fiction* sólo existe *une seule personnalité réelle, celle de l'individu.* Como una consecuencia lógica de esta manera de pensar, concluye Politis: *Si l'état est une pure abstraction, la communauté internationale, telle qu'elle a été comprise jusqu'ici, comme la réunion des états, est une abstraction plus grande encore.* Pero la comunidad de estados posee, en la realidad, la *même structure humaine que les communautés politiques internes. Elle est tout simplement composée d'individus groupés en sociétés nationales.*[97] Politis se refiere posteriormente a lo que juzga una tendencia del estado moderno: el estado se siente actualmente inclinado a *n'être plus une puissance qui commande pour devenir une fédération des services publics qui administre.*[98] Partiendo de estos postulados, Politis emprende la crítica del dogma de la soberanía, crítica que si bien y desde un punto de vista teórico es absolutamente radical, en cambio, en el aspecto político resulta sumamente precavida. En términos generales, el escritor griego considera que el dogma de la soberanía está superado, *virtuellement abolie. Atteint par les nécessités sans cesse changeantes de la vie, réduit en lambeaux, ruiné su point de ne plus mériter de place que dans le domaine des souvenirs, il continue d'eblouir la vue et d'arrêter la pensée.*[99] *Mais ce qui assurera le triomphe*

[95] *Obra citada,* p. 57.
[96] *Obra citada,* p. 109.
[97] *Obra citada,* p. 6.
[98] *Obra citada.*
[99] *Obra citada,* p. 10. Véase también, la p. 111, en donde se lee: *Le dogme de la souveraineté est périmé. Il me répond à rien de réel.*

final de cette nouvelle conception du droit international, c'est l'irrémédiable ruine à la quelle est voué l'autre principe fondamental de la doctrine classique: celui de la souveraineté. Politis acude a la exposición de una amplia bibliografía sobre el tema y afirma enfáticamente: *Un anathème général s'eleve contre lui, qui le condamne irrémédiablement.*[100] La condenación, no obstante, se dirige provisionalmente en contra del carácter absoluto de la soberanía; esta postura, sin embargo, no parece suficiente, ya que no bastaría una revisión del concepto que le limpiara de exageraciones, sino que, por múltiples razones teóricas y prácticas, es indispensable, explica Politis, *éliminer complètement et définitivement du langage juridique jusqu'à l'expression de pareille idée et ne plus parler de souveraineté.* Más adelante cita expresamente a Kelsen y a Krabbe, entre otros autores, para afirmar que la soberanía debe reservarse *au droit et pour plus tarde, à la communauté internationale. Elle ne peut plus appartenir à l'état.*[101] Politis no duda de que: *une bonne part des imperfections de notre science sont dues à la persistance de l'emploi de la notion de souveraineté.*[102] Nuestro tratadista coloca a la ciencia del estado y del derecho frente a un dilema irreductible: *Ou l'état est souverain et alors il ne saurait être soumis à des règles imperatives; ou il y est soumis et alors il n'est pas souverain.* Politis refuta la doctrina que propone a la voluntad del estado como el fundamento del derecho internacional, diciendo: *Les états n'étant qu'une fiction, n'ont pas d'ailleurs de volonté.*[103] Por otra parte, agrega Politis, la idea de soberanía ha producido mayores males desde un punto de vista práctico, pues ha permitido: *donner des apparences de justification à toutes les pretentions arbitraires des gouvernements. Elle leur a fourni des prétextes pour leur intransigeance, leur ambition, leur impérialisme. Elle les a poussés à des guerres et à des conquêtes.*[104]

Al concluir la lectura de la parte de la obra de Politis que hemos reseñado, se adquiere la creencia de que el ilustre escritor se prepara para la total eliminación del dominio de la soberanía. Pero en la parte restante de su estudio afirma, desde un prin-

[100] *Obra citada,* p. 17.
[101] *Obra citada,* p. 19.
[102] *Obra citada.*
[103] *Obra citada,* p. 30.
[104] *Obra citada,* p. 20.

cipio, que sus observaciones están únicamente formuladas en el terreno jurídico-político. Las consideraciones de orden pacifista, según anota el escritor griego, corren el peligro de ser inútiles, *parce qu'ils rencontrent un formidable obstacle dans l'état actuel du droit international, dominé par la notion de la souveraineté.*[105] Y a fin de justificar esta condición del actual derecho internacional, recalca Politis que en el llamado: *domaine reservé, chaque pays peut revendiquer un pouvoir absolu.*[106] Continuando la lectura se encuentra de pronto el lector un poco sorprendido por: *la terrible et funeste autonomie offerte par le droit international,* así como por la afirmación de que el derecho internacional: *ignore précisément et laisse lors de ses prévisions les problèmes les plus angoissants du temps présent.* Más aún: *il les abandonne à la libre discrétion des états, à la merci des intérêts particuliers, à la lutte des antagonismes économiques. Au lieu de prévenir et d'appaiser les conflits, par son silence il les provoque et les exaspére.*[107]

De la anterior exposición creemos poder deducir que la soberanía, contemplada desde el punto de vista del derecho positivo aún no está superada. Nos parece que el problema respecto de si el cambio de denominación que propone Politis, libertad en lugar de soberanía, es una simple cuestión terminológica o tiene un valor pedagógico científico, es una cuestión que puede dejarse a un lado. Por otra parte, el mismo Politis aclara que la aplicación de la teoría del abuso del derecho al campo internacional, sin duda alguna de gran significación, no afecta al dogma de la soberanía, si bien nos inclinamos a creer, con el ilustre profesor, que dicha teoría está llamada a: *éliminer progressivement son (de la souveraineté) caractère dangereux.*[108]

Con la exposición de la doctrina de Politis podemos dar por concluida nuestra incursión por la literatura relativa a la soberanía. De los párrafos que anteceden se desprende, por una parte, que el dogma de la soberanía estatal o internacional es actualmente problemático para la literatura internacional y, por otra, que ningún autor se ha atrevido, no obstante sus alegaciones y

[105] *Obra citada,* p. 11. Véase también, la p. 111, en donde se lee: *Le Droit International actuel, dominé par la notion de souveraineté.*

[106] *Obra citada,* p. 43.

[107] *Obra citada,* p. 56. Consúltese la p. 112.

[108] *Obra citada,* p. 21.

promesas, a su total eliminación. Frecuentemente se le bautiza con un nombre nuevo, o se le intenta colocar en otro lugar, o se declara soberano al gobierno, o se construye una soberanía universal. En un punto, sin embargo, están unidos todos los escritores y críticos y es en que el concepto de la soberanía absoluta de Bodino está superado.

Esperamos haber comprobado que todos los ataques al dogma de la soberanía tienen una base común, que es una representación casi uniforme del estado y del derecho, poco clara, por lo demás. Las raíces de esta concepción se remontan a la idea del derecho natural y dentro de él, se orientan hacia un *ordere naturel* [109] impersonal. En consecuencia, la crisis teórica del dogma de la soberanía es, ante todo, si bien no exclusivamente, la crisis del sujeto de la soberanía del estado. El estudio sistemático del concepto de soberanía que emprendemos en los capítulos siguientes, exige, en primer término, que precisemos los conceptos fundamentales de estado y derecho y, después, que desprendamos de ellos la necesidad o inutilidad del concepto de soberanía, ya sea en su versión usual o sometido a una revisión.

[109] *Obra citada*, p. 109.

CAPÍTULO SEGUNDO

DOMINACIÓN Y ORDEN

TODO PROBLEMA JURÍDICO, SIN EXCEPCIÓN, TIENE SUS RAÍCES, DE un lado, en la sociología y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político. Por tanto, los problemas jurídicos no solamente pueden ser estudiados desde los puntos de vista causal y normativo, sino que, además, exige que se efectúe ese doble estudio.

El problema sociológico de la soberanía y, en consecuencia, el problema sociológico fundamental de la doctrina jurídica del estado, consiste en la pregunta acerca de las relaciones entre el poder y el orden. Nadie ha negado hasta la fecha que el problema del poder pertenezca a la sociología y ningún profesor de teoría jurídica del estado, a pesar de la antipatía que ciertos juristas sienten por las cuestiones sociológicas, ha podido evitar el análisis del concepto de poder. En cambio, se discute la posibilidad de estudiar causalmente el concepto de orden social, así como la utilidad de semejante estudio. Uno de los objetivos de este libro es demostrar que la doctrina jurídica del estado no podrá entender el concepto de orden jurídico, sin realizar antes un estudio independiente de las relaciones causales implicadas en él. Una de las razones que explican el desconcierto reinante en el problema de la soberanía consiste, precisamente, en que la ciencia del derecho, por falta de los estudios causales, se ha visto envuelta en la red de sus propios conceptos.

Oboedientia facit imperantem (La obediencia hace el poder), dice una de las más claras e importantes opiniones sociológicas de Spinoza. Poder quiere, en efecto, decir, encontrar obediencia, pero encontrarla sin consideración a si la persona que obedece acepta en su fuero interno el mandamiento o lo rechaza y, sobre todo, la obediencia ha de ser independiente de los intereses que representa la persona a quien va dirigido el mandamiento. Está fuera de duda que el poder conduce a la autonomía del que manda, pero también es evidente que la docilidad de quien obedece descansa en la confianza de que serán protegidos sus intereses y, generalmente, es provocada por el entusiasmo. El poder es invariablemente una relación entre dos voluntades; es la motivación de una voluntad por otra, por lo que debe descartarse de una vez por todas la posibilidad de un poder sobre las cosas;

semejante poder puede únicamente ejercerse por mediación de una voluntad. Para caracterizar debidamente el poder, nos parece utilizable la siguiente noción, que empleamos en un sentido distinto del que generalmente se atribuye al concepto de fuerza: poder quiere decir persuadir a la obediencia por medios adecuados y, en caso necesario, obtener la obediencia utilizando medios propios; dentro de esta concepción, el empresario ejerce un poder sobre el trabajador, éste, en cambio, no ejerce poder alguno sobre aquél, cuando, a ejemplo, demanda el pago de su salario ante la autoridad.[1] La circunstancia de que este concepto del poder —cumplimiento de los mandamientos sin consideración a su aceptación en el fuero interno e imposición de los mismos por medios propios— sea un concepto tipo que jamás se presenta con pureza absoluta en la realidad social, es una cuestión de la que habremos de ocuparnos más adelante; pero vale la pena anotar que el concepto de poder comparte este destino de la no realización pura con todos los conceptos obtenidos mediante el aislamiento y la idealización lógicos.

El concepto de orden social posee un doble significado:[2] puede ser entendido como una determinada manera de obrar de los hombres o como un sistema de normas. En la primera acepción, el concepto de orden social expresa el hecho, comprobado a través de la experiencia, de que dentro de un determinado círculo social y bajo ciertas circunstancias, sus hombres se conducen, de hecho, en una forma determinada; desde este punto de vista, el orden social descansa en la probabilidad empírica de una conducta, quiere decir, en el hecho de que empíricamente puede esperarse de los hombres una cierta manera de obrar; orden es calculabilidad.[3] Esta calculabilidad, en un grado más o menos alto o bajo, es el supuesto de toda cultura humana, ya que la vida comunitaria de los hombres tiene que ser una vida común ordenada: "El poder que estamos en aptitud de

[1] Consúltese, sobre el tema, M. Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft* (*Economía y sociedad*), pp. 604 y ss. También, Wenzel: *Juristische Grundprobleme* (*Problemas jurídicos fundamentales*), pp. 219 y ss.

[2] Consúltese lo que decimos en la p. 183.

[3] Sobre el particular, M. Weber: *Obra citada*, pp. 1 y ss. Del mismo autor: *Aufsatz zur Wissenschaftslehre* (*Ensayo sobre la teoría de la ciencia*), pp. 413 y ss., y 432 y ss. Jahrreiss: *Probleme des rechtlichen Liquidation des Weltkrieges* (*Problemas de la liquidación jurídica de la guerra mundial*), pp. 13 y s., y 44 y s.

lograr en la vida social depende de la normalidad y conexidad que podemos obtener y utilizar."[4] Es indudable que una conducta espiritualmente extraña, resulta para nosotros incalculable y deviene un eterno misterio. Pero si alguna persona, apoyándose en un mal entendido idealismo, pretendiera desprender de dicha circunstancia la imposibilidad de un estudio causal de la vida social, habría que decirle que con semejante deducción se condena a la esterilidad científica y que olvida que en la mayoría de los casos, el concepto de uniformidad tiene también que enfrentarse en las ciencias naturales con puntos intermedios.

La forma necesaria bajo la cual se presenta siempre el poder es un determinado orden social: todo poder, contemplado desde abajo, aparece como un orden.

Uno de los errores frecuentemente cometidos por los juristas consiste en invertir la frase consignada en el párrafo anterior, al aplicarla al orden jurídico. Austin y su escuela analítica inglesa acuñaron la siguiente frase: *Jus est quod iussum est* (Derecho es lo que está mandado). Pero no es posible concluir que todo orden social, establecido más o menos conscientemente, sea un orden de poder, pues un orden social puede nacer, bien de acuerdos y promesas o de mandamientos. Por tanto, en el orden social conscientemente establecido distinguimos entre orden de poder y orden contractual.

Todo orden conscientemente establecido se origina y consiste en una unión de voluntades. Esta unión de dos o más voluntades es necesaria, tanto para la existencia de cada una de las normas particulares integradoras del orden, cuanto para el orden total. En efecto, cada orden social es sólo posible merced a un principio único, en virtud del cual, cada una de las normas del orden considerado tiene que prevenir, explícita o implícitamente, que una persona, en una cierta situación, debe comportarse en una forma determinada. Sólo las normas individualizadas según la regla propuesta son aptas para cumplir la función que corresponde al orden de que se trate. Es de suma importancia comprobar que muchas, más aún, que la inmensa mayoría de las normas elaboradas conscientemente, presuponen toda una serie de disposiciones, que no necesitan estar formuladas en forma expresa, precisamente porque se las considera como algo evidente;

[4] Dilthey: *Das Wesen der Philosophie* (*La esencia de la filosofía*) en *Kultur der Gegenwart* (*Cultura de Nuestra Época*), I, VI, 3.

sin ellas —piénsese en un orden jurídico distinto—, las normas no podrían quedar suficientemente individualizadas.

En el mundo jurídico son muy importantes las diferencias entre las estructuras de un orden de poder y de uno contractual, derivadas de necesidades sociológicas: para un orden de poder, la existencia de un titular, de una unidad decisoria permanente, universal y efectiva, constituye una característica esencial, siendo indiferente que esta unidad de poder se componga de una sola voluntad o esté integrada por la unión de una pluralidad de voluntades.

La determinación precisa del mandamiento es también elemento esencial al concepto de orden de poder, ya que si no se ofrece a los obligados una interpretación auténtica de los mandamientos, la obediencia es imposible.[5] Sin duda, la determinación concreta de un mandamiento es susceptible de adoptar diversos grados, pero tiene no obstante límites absolutos en su mínimo y en su máximo: el mínimo de determinación indispensable para que una acción pueda conformarse al mandamiento se da en la fijación del fin último que persigue la norma. Además, para que un mandamiento quede suficientemente determinado, es preciso tomar en consideración, entre otras circunstancias, el grado de educación de la comunidad, o lo que es igual, el grado de educación de las personas comprendidas dentro del orden de poder. Por otra parte, es incuestionable que la determinación total del mandamiento sólo puede obtenerse en cada caso concreto: ¡Marchen!, no es un mandamiento, a menos que la meta de la marcha forme parte de él, bien porque se la señale expresamente mediante palabras o ademanes, bien porque esté subentendida implícitamente por alguna convención. Finalmente, cuando la relación de poder posee un rico contenido, será indispensable una determinación más del mandamiento. De lo expuesto se deduce que a la jerarquía de las instancias del poder corresponde una jerarquía de las determinaciones del mandamiento. La necesidad de esta determinación por grados se revela con sólo considerar que la instancia suprema no puede

[5] Sobre la nulidad de los actos del estado a consecuencia de su indeterminabilidad, consúltese Kormann: *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte* (*Sistema de los negocios jurídicos como actos estatales*), p. 280 y los autores que cita el autor; así, a ejemplo, Oetker: *Konkursrechtliche Grundbegriffe* (*Conceptos fundamentales del concurso jurídico*), p. 50: "Las sentencias no individualizadas, pertenecen a los actos absolutamente nulos."

prever todas las exigencias de la ejecución del mandamiento; así, en el ejemplo propuesto, la meta de la marcha se determina, para grupos cada vez más pequeños, por diversas circunstancias, tales como el momento en que se efectúe, el camino a seguir, los periodos de descanso, etcétera, esto es, según las exigencias del caso, del tiempo y de las personas.

La determinación del mandamiento, según se desprende de lo expuesto, tiene también un límite máximo absoluto: cada mandamiento pretende determinar la voluntad a que se dirige en una cierta dirección, pero no se propone constituir una determinación total de la voluntad; cada mandamiento quiere realizar su finalidad, pero no va más lejos. Por otra parte, es necesario que exista un mínimo de iniciativa personal en la ejecución del mandamiento, la que no se agota en las circunstancias que pudieron tomarse en consideración al expedirlo, tales como los accidentes de tiempo y lugar o los caracteres de las personas a las que se dirige; ó expresado en otras palabras, sólo puede existir una obediencia conscientemente pensada, lo que a su vez excluye la posibilidad de una concretización absoluta del mandamiento.

En consecuencia, poder significa mandamiento determinable y decisión sin compromiso. Pero cuando la decisión se refiere a los hombres —y en esto radica nada menos que el meollo del problema— nos encontramos con una función que corresponde, exclusivamente, a la facultad de juzgar, la cual, a su vez, es privativa y personal del hombre. He ahí la razón fundamental por la cual, un *ordre naturel* impersonal es ineficaz para ejercer la función decisoria; esta conclusión no se ve afectada por el hecho de considerar al *ordre naturel* como algo perteneciente al mundo del ser o al del deber ser: siempre han de ser hombres quienes decidan, esto es, han de ser personas humanas, condicionadas por circunstancias individuales y sociales y de tiempo y lugar, quienes deben decidir, si no con libre albedrío, sí, por lo menos, con libertad de elección.[6] Un estudio cada vez más completo de las leyes naturales del ser mostrará la influencia creciente de dichas leyes sobre las decisiones humanas, pero no podrá llegar esa influencia hasta la substitución de la facultad decisoria. Así, a ejemplo, la circunstancia de que sobrevenga la noche,

[6] Consúltese lo que decimos en la p. 199.

no decide la pregunta respecto de si debe haber luz o habremos de permanecer en tinieblas; el hombre puede substituir la obscuridad natural de la noche con el resplandor de la corriente eléctrica, pero el *esto-o-aquello*, implicado en cada decisión, sólo puede resolverse por el hombre.

La creación y aplicación del derecho, aún cuando concibiéramos a la humanidad como una organización unitaria de poder, están invariablemente ligadas a decisiones individuales de voluntad. Lo que es cierto para la idea en general, lo es también para la idea del derecho en particular: siempre se nos presenta como una figura extraña; por esta razón, la más objetiva de las decisiones humanas es, no obstante, una decisión subjetiva. Asimismo, siempre que al hablar de orden tengamos a la vista una conducta social y no solamente un acuerdo en los conceptos, el poder de una idea, como algo inmediato, es imposible; aun cuando el motivo de la obediencia, la costumbre, la representación de nuestros intereses o la simple inclinación, se vea reforzado por la fuerza de una idea, será indispensable la existencia de una unidad de voluntad individualizada, capaz de determinar el sentido de la idea.

Los conceptos que venimos analizando, sencillos en sí mismos, se encuentran obscurecidos por ciertas tendencias que están fuertemente unidas a la concepción formalista de un mundo impersonal de las leyes. En la esfera política, los fundamentos sociológicos de esta última doctrina se nos revelan claramente, si recordamos que en el estado de derecho burgués, la dependencia de los gobernantes respecto del pueblo se logra a través de la supremacía de las leyes emanadas de la *volonté générale* sobre todos los actos del estado.[7] Esta democracia formal, que ha perdido la fe en un derecho material, cuyas clases representativas ya no pueden creer en su derecho de representación y en la que las contradicciones entre las clases hacen imposible la creencia en la existencia de una *volonté générale*, tiene un gran interés en oponerse a la idea de que la organización estatal implica el dominio de una clase sobre otras; para justificar esta oposición, propaga la tesis de la existencia de un poder total y objetivo de la ley:

[7] Sobre la exposición que sigue, consúltese mi libro: *Regriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (*Concepto de la ley en la Constitución del Estado alemán*).

De la misma manera que en la concepción religiosa, *todos los hombres son iguales ante dios*, la ley, en la doctrina que comentamos, contemplada a la luz de su comparación con la fórmula religiosa, aparece como una fuerza que reina tan alto, que hace que desaparezcan las diferencias que existen entre los hombres.[8]

La expansión universal de esta idea de un orden jurídico impersonal encuentra nuevos puntos de apoyo en el creciente intercambio comercial de los estados particulares, en los pensamientos pacifistas y en la creación de instituciones como la Sociedad de las Naciones; fácilmente brotan los adeptos de esta concepción formalista del derecho, pues la creencia en una idea jurídica material que requiere de una unidad decisoria individualizada para su vigencia, no surge espontáneamente en la vida social.

A esta tendencia obscurantista debe oponerse firmemente la tesis de que en todo orden de poder, incluida la democracia, debe existir un titular del poder, una unidad decisoria efectiva: el mínimo de determinación de los mandamientos, esto es, la fijación de su médula, de aquel aspecto esencial que debe subsistir y actuar eficazmente en todo momento, es obra única y exclusiva del titular del poder; es por ello que la existencia del poder está condicionada por el hecho de que sus órganos, en la ejecución concreta del mandamiento, tienen, como límite normal, la individualización del mismo efectuada por el titular del poder. *La unidad del poder es unidad en la voluntad del titular.* Por otra parte, los mandamientos de los distintos órganos del poder están predeterminados por la manera especial de ser de la unidad decisoria individualizada; los mandamientos de estos órganos del poder no son ni nuevos ni originarios, sino, en alguna forma, derivados. De ahí que cada determinación concreta del mandamiento sea únicamente comprensible partiendo de su individualización originaria. Esta estructura del poder se encuentra en todos los sistemas y, en consecuencia, en la democracia, ahí donde el contenido de los mandamientos se obtiene mediante la unión de las voluntades de quienes van a quedar obligados por ellos. Sin duda, en una organización democrática, a la motivación de la comunidad por el titular del poder corresponde, con necesidad sociológica, una motivación del titular del poder

[8] Anschütz: *Kommentar zur Preussischen Verfassung* (*Comentarios a la Constitución de Prusia*), p. 108, edición de 1912.

por la comunidad; pero la diferencia entre estas dos relaciones consiste en que la comunidad es necesariamente cambiante y difusa en sus opiniones y, en consecuencia, como *public opinion*, no puede constituir una unidad decisoria capaz de establecer las reglas integrantes de un orden social. En un capítulo posterior analizaremos detenidamente el problema del titular de la soberanía; por ahora permaneceremos en esta afirmación: en virtud de que la existencia del poder presupone que sus mandamientos están suficientemente determinados por él, el poder no puede existir sin titular, esto es, sin una unidad decisoria, de la que debe decirse que es una organización creada históricamente mediante procesos individuales de voluntad.

Poder quiere decir, encontrar obediencia y mandar eficazmente. Aún para la doctrina jurídica resulta esencial saber que la individualización del mandamiento por el poder decisorio es un supuesto indispensable para su eficacia y ejecución. Es necesario, sin embargo, aclarar, que si el cumplimiento normal de los mandamientos es esencial para el orden como totalidad, no lo es, en cambio, el de cada mandamiento singular; ningún poder ha sido obedecido en cada momento por todos sus miembros, pero el poder desaparecería en el instante mismo en que careciera de reconocimiento social, quiere decir, en el momento en que la suma de sus mandamientos dejara de ser obedecida. *Oboedientia facit imperantem.* Estas consideraciones explican que la coacción sea indispensable al poder, pero sólo como algo supletorio, como un agregado a fin de lograr la obediencia; la coacción ayuda a obtener de los particulares el acto de sumisión; lo primario, sin embargo, es siempre la determinación del mandamiento, pues el poder no se propone simplemente obligar, sino obligar a algo.

La primera conclusión que puede deducirse de lo expuesto consiste en que, tanto por las necesidades de la decisión, cuanto por las exigencias de la eficacia de las acciones, todo orden de poder presupone la existencia de un titular real, de una unidad histórico-individual de voluntad y acción, formada mediante el cruzamiento y la combinación de las voluntades de los hombres.

A diferencia de los órdenes de poder, el otro grupo, los órdenes contractuales, se caracteriza por la ausencia de una unidad decisoria universal y eficaz. Sin duda, en el interior de los órdenes de poder y apoyándose en ellos, se forman numerosas relaciones contractuales; de ahí que varias de las consideraciones que hare-

mos en torno de los órdenes contractuales valdrán también para las relaciones contractuales existentes dentro de los órdenes de poder.

El tipo de orden contractual, en estado puro, sólo se da en ausencia de órdenes de poder, lo que no ha de entenderse en el sentido de que la dualidad o pluralidad de voluntades de un orden contractual se caracterice por su falta de ordenación; no debe pasarse por alto que cada orden conscientemente establecido es sólo el aspecto racionalmente elaborado del orden social y que se construye sobre una serie innumerable de procesos sociales producidos inconscientemente. Por otra parte, en el contrato nace una unidad de voluntad conscientemente formada y dotada de la suficiente capacidad para individualizar una norma dentro del orden social. De lo expuesto se desprende que, sin la existencia de una unidad decisoria volitiva, no son posibles, ni el orden de poder, ni el contractual; sin embargo, las diferencias entre los dos son grandes.

Las concepciones iusnaturalistas propenden a borrar la distinción. Bodino, por el contrario, la ratificó frecuentemente y aun le dio un sentido polémico:

> In eo quidem plerosque, tam labi ac decipi videmus, qui pacta conventa Principium leges esse putant, quam qui leges pactionatas (ut eorum verbis utamur) apellant (Vemos que casi todos se equivocan y son engañados en esto, tanto los que consideran que los pactos convenidos son leyes de los príncipes, como los que llaman paccionadas [para usar sus palabras] a las leyes).[9]

Para recalcar los lazos que ligan al soberano con sus obligaciones contractuales, escribió Bodino:

> Non est igitur conventionum ac legum perturbanda ratio: cum lex ab eius voluntate pendeat, qui summam in Republica potestatem adeptus est, et quia sua lege subditos omnes tenere, ipse vero teneri non potest (Por consiguiente, no debe confundirse la razón de las convenciones y de las leyes; pues la ley depende de la voluntad de aquel que tiene el supremo poder en la República y que puede obligar con su ley a todos los súbditos, no pudiendo él, a su vez, ser obligado).[10]

La falta de comprensión de las diferencias entre un orden de poder y uno contractual, ha provocado la mayoría de los errores

[9] *Obra citada*, I, 8, pp. 135 y s.
[10] *Obra citada*, I, 8, p. 137.

que se observan en el problema de la soberanía. Las diferencias se dan, tanto en el terreno de la decisión, como en el de la eficacia de los órdenes. Cada orden social es una individualidad histórica: el orden contractual, individualizado al momento de su nacimiento por el acuerdo de voluntades, expresa, en el mejor de los supuestos, que de determinadas personas, en una cierta situación, debe esperarse una conducta determinada; pero a esta norma contractual falta, sobre todo si tomamos en consideración el cambio constante de personas y de fuerzas, una unidad decisoria adecuada. Aun cuando supongamos, en la pluralidad de las voluntades, la mejor intención para cumplir la norma y el propósito firme de unificar los fines y los medios, aún así, la anfibología de las palabras y los distintos significados que pueden atribuirse a los signos, consecuencia, principalmente, de la diversidad de las ideas y de las concepciones de los valores y, en forma especial, de los cambios permanentes de las personas, épocas y circunstancias, hacen que la existencia de la norma, no obstante que originariamente hubiese podido tener un solo significado, quede sujeta, por lo menos, a una especie de cláusula *rebus sic stantibus*. Un orden de poder, por el contrario, en su tipo ideal, esto es, en su forma organizada y racionalizada, no pueden negarse a decidir sobre alguna cuestión; cada orden de poder debe decidir todos los casos, cualquiera sea el tiempo en que se presenten, o expresado en otras palabras, debe estar en aptitud de decidir, universal y permanentemente, los límites de la voluntad de cada una de las personas interesadas.

El positivismo jurídico —doctrina que no reconoce a la individualidad ninguna función, ni lógica ni jurídica— ha descuidado totalmente la anterior distinción entre los órdenes de poder y contractual, limitándose a relevar una segunda diferencia, que sin duda alguna es también importante, y que se hace consistir en la distinta eficacia que corresponde a cada uno de los dos órdenes. La fórmula: *sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas* (así quiero, así mando, la voluntad vale como razón), no es sólo la máxima de los tiranos, sino que expresa asimismo, con claridad meridiana, el significado técnico-ordenador de cada unidad decisoria individual. Toda persona sabe que no es posible dar una respuesta lógica satisfactoria a las debatidas cuestiones de los valores; por tanto, si un orden establecido, cualquiera que sea su naturaleza, tiene que resolver esas cuestiones, necesita de una

norma complementaria. Aún en una sociedad formada por personas unificadas en lo que respecta a todos y cada uno de los valores, resulta indispensable la existencia de algunas normas individualizadas, las cuales, por su sola existencia e independientemente de su contenido, deben cumplir una misión dentro del orden total: "El mismo ejército celestial no podría prescindir de un reglamento de ejercicios." [11] Al orden contractual falta esta unidad decisoria permanente; de ahí que se afirme, justificadamente, que su eficacia es distinta de la que pertenece a un orden de poder. Aún en el supuesto de que los autores de un contrato se sometieran al fallo de un árbitro y de que éste quedara facultado para resolver cualquier controversia, faltarían al árbitro los medios propios indispensables para imponer su decisión en el caso de que alguno de los contratantes opusiera resistencia. Para entender mejor la diferencia de que nos venimos ocupando, conviene tener presente el hecho de la existencia de diversos órdenes sociales que provienen de procesos inconscientes, en cuyos casos es posible establecer una cierta equiparación entre los órdenes de poder y los contractuales; así, a ejemplo, puede ocurrir que la consideración de sus intereses obligue a los contratantes a cumplir sus obligaciones. Pero aún en estos casos debe quedar plenamente aclarado que un orden de poder es, en un grado más elevado que el contractual, un auténtico orden social y que en él, de conformidad con sus normas, es posible prever, con mayor seguridad que en el orden contractual, la conducta normal de sus miembros. Esta conclusión tiene una doble dimensión, ya que es válida, no sólo porque en un orden de poder el titular de éste puede imponer físicamente la conducta considerada normal, sino también porque, como unidad decisoria, el titular del poder puede determinar, universal y permanentemente, para todas las voluntades, en qué consiste la normalidad de la conducta.

Las explicaciones que anteceden, que serán estudiadas detenidamente en capítulos posteriores, son aplicables a los tipos ideales de los órdenes de poder y contractual. La circunstancia de que la realidad social muestre frecuentes puentes entre los dos tipos de órdenes, hace científicamente necesaria la elaboración del esquema de cada uno de ellos.

Llamamos soberana a aquella unidad decisoria que no está

[11] Radbruch: *Rechtsphilosophie* (*Filosofía del derecho*), p. 170.

subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y eficaz. En qué medida puede ser reputado soberano el estado moderno, es una cuestión de que pronto habremos de ocuparnos. En todo caso, su soberanía tiene que ser considerada como una categoría histórica. La Edad Media no conoció la existencia de una unidad de poder territorial monista, semejante a la del estado moderno, a la que hubieran quedado ordenadas y subordinadas todas las instancias decisorias del respectivo territorio. En la Época Moderna, el extraordinario crecimiento, en aumento constante, de las relaciones sociales, exigió una mayor previsibilidad de las conductas, lo que pudo únicamente lograrse mediante un orden planificado y dotado de una unidad decisoria, revestida de atribuciones jurídicas cada vez más amplias. Es poco probable, si bien no imposible, que el futuro europeo conduzca a un desplazamiento de la soberanía del estado mediante una especie de capitalismo feudal, en el que se diluya nuevamente el poder político en un haz de derechos privados patrimoniales.

En lo que concierne a la vida externa del estado y teniendo a la vista los múltiples errores y desvaríos que se han cometido, no debemos asustarnos por la afirmación, que es en verdad trivial, de que el mundo de nuestros días no integra un orden de poder unitario, ni es tampoco una individualidad de poder; y hay que agregar que no se vislumbra una transformación a corto plazo. En consecuencia, la única posibilidad actual para ordenar una vida universal, radica en la creación de un orden contractual internacional. Pero los contratos celebrados fuera de un orden de poder cobran únicamente valor y significado, si son suscritos por sujetos independientes, que estén en aptitud de cumplir normal y libremente lo convenido y que, en consecuencia, no necesiten del consentimiento problemático de un tercero para su cumplimiento; es indudable que la conducta de los autores de un contrato no puede ser prevista ni calculada, si está sujeta a la voluntad de un poder soberano, de una unidad decisoria universal y eficaz. Ahora bien, si hacemos a un lado el posible encuentro de co-contratantes en regiones despobladas de la tierra, los únicos sujetos de poder que conocemos capaces de observar la conducta descrita, son los estados; solamente ellos son unidades independientes, pues son las únicas instancias que, sin intervención de terceros, pueden imponer coactivamente a sus miembros lo prometido en los contratos. El orden de poder es la condición

ineludible para la existencia de un orden contractual internacional.

Con esto llegamos al corazón mismo del problema de la soberanía, pero para obtener una concepción jurídica correcta del concepto, son indispensables nuevos y numerosos supuestos, los que si bien pueden formularse con brevedad, requieren algunas observaciones metódicas.

En las páginas que anteceden hemos hablado constantemente de voluntad y de uniones de voluntades individualizadoras de los órdenes sociales. Para la ciencia moderna del derecho parece que no existe puente alguno entre esta voluntad, pensada como algo real, y las normas jurídicas. Lo que realmente ocurre es que no sólo la concepción logicista de Kelsen, sino toda la moderna ciencia del derecho están aprisionadas por el concepto de un deber ser opuesto al ser, como una araña en la red tejida por ella misma. En la problemática de esta ciencia del derecho desempeña un papel principal un concepto naturalista de la voluntad, derivado de la ciencia de la naturaleza, que la concibe como un simple fenómeno psíquico real, en devenir constante, razón por la cual está en abierta y absoluta contradicción con el sentido objetivo y permanente de las normas jurídicas del deber ser. Tendremos que analizar frecuentemente este concepto de la voluntad; pero, desde ahora, podemos anotar que si nos colocamos en el punto de vista de la explicación causal de la sociedad, la objetividad y permanencia de la voluntad que pretenden determinar la conducta de los hombres, son no sólo cualidades ciertas, sino que el titular del poder que pretende determinar a la colectividad en el presente y en el futuro, en una época lejana en la que ya no piensa más en el mandamiento, quiere a éste en el instante mismo en que es puesto en conocimiento de los interesados, pero lo quiere también en el mañana y aun durante el tiempo que pasa durmiendo. El anuncio, *camino prohibido*, colocado en tierras de mi propiedad, significa la objetivación de mi voluntad en un material distinto a mí mismo. La separación entre una voluntad determinada y el proceso subjetivo que la forma, o expresado en otras palabras, su materialización y objetivación relativamente permanentes, son una necesidad sociológica de cada orden social; así, a ejemplo, la voluntad del jefe de un ejército, como la de cualquier titular de poder, precisamente porque pretende determinar nuestras voluntades en el

SOBERANÍA Y POSITIVIDAD

Heller sostiene el vínculo absolutamente imprescindible entre derecho y soberanía, entre derecho y soberano, detentor de un poder autónomo de fijación individualizada del contenido de la norma jurídica (131). No hay, sin embargo, una reducción del derecho a mero derecho positivo en términos reductores, sino q. Heller introduce la distinción fundamental entre normas jurídicas fundamentales y normas jurídicas; las últimas traducen el sentido de las primeras (132); pero esa traducción no puede producirse de forma impersonal, sino q. requiere una voluntad, una unidad de persona volitiva (132/119). Esa vinculación es fundamental para explicar la obligatoriedad del derecho (133) pero no puede ser un argumento para "despersonalizar" al derecho. Antes al contrario, la emergencia del estado (y del soberano) resulta del proceso histórico x el cual el derecho se convierte en el articulador x excelencia de esas normas jurídicas fundamentales (135)

El error kelseniano (y del sindicalismo descentralizador) radica en la atribución de un orden natural (de un cierto orden espontáneo), orden q. no es espontáneo (124, 136) sino fruto d. decisiones políticas, q. son en último extremo decisiones soberanas [Heller habría aceptado la solución de MacCormick de remitir el test de validez de la norma hipotética a una costumbre].

presente y en el futuro, tiene que objetivarse. La voluntad así objetivada se prolonga en numerosos mandamientos de los subalternos, pero cuando tal cosa ocurre, se presenta la voluntad, no como un hecho psíquico real y concreto, sino como un deber ser. Si analizamos cuidadosamente este deber ser, nos daremos cuenta de que originariamente y para las circunstancias previstas, fue un acto individual de voluntad; el jurista o el soldado casi nunca reciben personal y materialmente la voluntad del titular del poder; de ahí que la sientan como un deber ser ideal y que lleguen a creer que detrás de él no existe ninguna voluntad real.

El derecho, como voluntad y como fin del orden social, esto es, su consideración como técnica social, no agota la esencia del derecho; el estudio causal de un orden social no penetra en el interior mismo del orden, sino que lo contempla desde fuera. Sin género alguno de duda, este estudio es necesario, pero el análisis jurídico debe separar la figura lógica del derecho de los restantes ordenamientos sociales y entenderlo como un haz de normas. Conviene sin embargo decir, en relación con este tema, que el principio fundamental, según el cual la legitimidad de la separación de un objeto de conocimiento de la totalidad de que forma parte, está condicionado a la posibilidad de poder reintegrar la parte al todo, vale para todo conocimiento, incluido el conocimiento jurídico.

DESDE BODINO, LA ESENCIA DE LA SOBERANÍA CONSISTE EN *Jubendae ac tollendae leges summa potestate* (el supremo poder de expedir y derogar las leyes). Bodino entendió claramente el problema.

Las razones de nuestra adhesión a su pensamiento requieren una amplia exposición previa del problema de la regla de derecho, explicación que, a su vez, tiene que elaborarse sobre una determinación, siquiera sea provisional, del concepto del derecho.

La ciencia positiva del derecho de nuestros días se caracteriza porque todos sus trabajos, estudios y ensayos, aún los más amplios y fundados, están regidos por la creencia de que la pregunta acerca de la esencia del derecho es una cuestión metajurídica. El conflicto de competencias entre la ciencia y la filosofía del derecho, que es negativo, dejaría de existir, si la ciencia del derecho pudiera y quisiera servirse de los resultados de la filosofía del derecho para la determinación de su materia. Pero si en manera alguna, ni siquiera en forma provisional, se hace el intento de determinar cuál es el contenido que se piensa para el derecho, y si se insiste en considerarlo como una norma susceptible de cualquier contenido, con esta afirmación se hace imposible toda discusión jurídica.[1]

Entendemos por derecho, un orden social establecido por la autoridad de la comunidad, a fin de limitar normativamente la conducta externa; quiere decir, la conducta social de los entes dotados de voluntad. Los sujetos que se ofrecen a nuestra consideración son titulares de voluntad, característica que hace posible que su "hacer, permitir y no hacer", en la medida en que produce repercusiones sociales y, en consecuencia, no permanece encerrado en nuestro espíritu, ni es un simple proceso de la conciencia, sea limitado normativamente por una regla autoritaria. Una rela-

[1] Un testimonio típico de esta actitud es Kelsen (*Souveränität* [*La soberanía*], p. 14, A.), para quien la pregunta, ¿qué es el derecho?, carece, dentro del conocimiento jurídico, de sentido y, por tanto, todo intento para encontar una respuesta resulta vano. Verdross (*Verfassung der Volkerrechtsgemeinschaft* [*La constitución de la comunidad jurídica internacional*], pp. 1 y ss.), intenta responder a aquella pregunta, pero, al hacerlo, se aparta manifiestamente de la Teoría pura del derecho, pues sostiene que el orden jurídico es el orden social que está fundamentalmente orientado a la realización del valor justicia.

ción jurídica no es una simple vinculación entre dos individuos, sino que se compone más bien de tres aspectos: por lo menos, dos personas, referidas, en su conducta consciente, a una regla —la regla de derecho— que las vincula normativamente.

El derecho, como vínculo normativo intersubjetivo de voluntades, posee indudable objetividad. Ciertamente, no es la objetividad que pertenece a los fenómenos de la naturaleza, cuya realidad se percibe por los sentidos; es una realidad que se presenta una vez en la historia. Tampoco es una objetividad que dependa de la representación normativa que se forme de él la generalidad de los hombres,[2] condición que comparte, a ejemplo, con las reglas de la gramática alemana. La circunstancia de que la mayoría de los miembros de la comunidad de lenguaje confundan los casos de las declinaciones y crean, no obstante, que su lenguaje es correcto, puede no tener relevancia para la existencia objetiva y no meramente psicológica, de la regla gramatical. Esta objetivación de lo espiritual, producida por actos reales de voluntad de los sujetos de derecho individuales, puede ser igualmente destruida por éstos. Pero en tanto vale, esto es, en tanto existe, es independiente de la actitud que adopte la comunidad. Damos el nombre de validez del derecho a esta existencia de las normas jurídicas como una objetivación particular del espíritu. Pero el derecho posee validez, existencia social y realidad, únicamente dentro de una comunidad jurídica, en un tiempo y en un lugar determinados.

La relación del derecho a una comunidad concreta es de gran importancia; de ella se deduce, ante todo, la distinción entre normas jurídicas fundamentales y normas jurídicas positivas; solo a estas últimas damos el nombre de derecho. El derecho positivo es siempre una parte de la realidad histórico-espiritual y de ahí que posea en su comunidad, tiempo y espacio determinados, validez empírica; pero solamente él y nunca otra pretendida manera de ser del derecho, posee dicha validez. Esta característica diferencia la validez del derecho de la que pertenece a las reglas de la lógica, pues éstas, no obstante los últimos intentos de cierta

[2] En este sentido, Beling: *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie* (*Ciencia y filosofía del derecho*), p. 17. Correctamente, Husserl: *Rechtskraft und Rechtsgeltung* (*Validez y fuerza del derecho*), pp. 6 y s. Sobre la estructura de esta objetivación espiritual, que no es exclusiva del orden jurídico, consúltese, Freyer: *Theorie des objektiven Geistes* (*Teoría del espíritu objetivo*).

lógica dialéctica, poseen una validez general; por sobre todas las diferencias, destaca la siguiente: la norma jurídica se dirige a la voluntad, en tanto la regla lógica se dirige al entendimiento. La norma jurídica vale, no porque sea reconocida como verdadera, sino porque debe ser reconocida como una vinculación de la voluntad. La circunstancia de que las reglas de la lógica valgan también para el derecho, no distingue a éste, pongamos por caso, de las reglas de la gramática o de alguna otra objetivación del espíritu. Pero de la misma manera que la obra de arte o que el lenguaje, el derecho posee únicamente una objetividad relativa, o expresado en otros términos, es una figura histórico-individual.

El reconocimiento de la existencia de una relación de dependencia de tiempo y lugar entre el derecho y la comunidad, no sólo no significa la negación de la existencia de normas jurídicas fundamentales super-positivas, sino que, por lo contrario, facilita el conocimiento, que es de una importancia capital, de tales normas. Es preciso superar la utopía positivista, si se quiere de verdad conocer y distinguir la existencia real del derecho positivo y de un derecho natural. Estoy muy lejos de la afirmación de la inexistencia de normas fundamentales que compartan la objetividad absoluta y general de las normas de la lógica y que, como tales, vinculen a la voluntad; esas normas jurídicas fundamentales existen, pero no son normas del derecho, o dicho con otras palabras, no son derecho positivo, sino que son, bien principios constitutivos de la forma pura del derecho y, como tales, tienen validez como reglas de la lógica jurídica, o bien principios constructores del contenido del derecho, con una pretensión ética de validez. Los primeros poseen validez general, no necesitan ser afirmados por ninguna voluntad y son de aplicación efectiva en cada orden jurídico positivo; los segundos pueden tener también validez, pero siempre que sean afirmados por todos los círculos culturales. Los principios de la segunda especie constituyen las normas éticas del derecho; su validez está condicionada a su reconocimiento por los círculos culturales de la comunidad y pueden ser desconocidos por un acto de voluntad o por el derecho positivo. Los dos grupos de principios, lógicos y éticos, son posibilidades jurídicas; pero sólo el derecho positivo posee realidad jurídica. [3]

[3] Consúltese Hobbes: *De Cive*, 6, 16, p. 109 (edición Amsterdam, 1647). *Furtum, Homicidium, Adulterium, atque injuriae legibus naturae prohiben-*

Las normas éticas fundamentales del derecho tienden hacia formas permanentes o temporales y hacia maneras normales de ser de las instituciones, cuya forma individual y concreta de aparición se da en las normas jurídicas del derecho positivo; por tanto, la actualización de aquellas normas está condicionada por la posibilidad de las instituciones, las que, a su vez, dependen de las condiciones generales de las organizaciones humanas y de los círculos culturales existentes dentro de ellas; el derecho se manifiesta en las normas jurídicas y está determinado por las fuerzas vivas de la comunidad. De ahí que si la jurisprudencia positiva, entendida como algo más que una simple técnica jurídica, desea alcanzar resultados satisfactorios, debe dirigir su mirada hacia la investigación de las normas jurídicas fundamentales y de las instituciones jurídicas; la sistematización jurídica es únicamente posible con la ayuda de reglas lógicas y de normas jurídicas fundamentales de naturaleza teleológica.

El problema que deriva del párrafo anterior consiste en mostrar en qué se diferencian las normas jurídicas fundamentales de las normas jurídicas positivas. El derecho es orden social normativo, vinculación de voluntades que exige una decisión sobre los límites de cada voluntad. La norma jurídica debe decir: "en determinadas circunstancias, una persona determinada debe conducirse de una manera también determinada"; esta certeza jurídica constituye el criterio para la distinción entre norma jurídica y norma jurídica fundamental.[4] En el capítulo anterior demostramos que únicamente los mandamientos plenamente determinados mediante una decisión permiten y exigen obediencia y son susceptibles de desempeñar una función efectiva en el orden social. Cada decisión expresa: *esto o aquello*; cuando una norma no está suficientemente determinada, de tal manera que no es posible desprender de ella una decisión normativa para la conducta externa de los hombres, tenemos que concluir que no estamos en

tur; ceterum quid in cive furtum, quid homicidium, quid adulterium, quid denique iniurda apellandum sit, id non naturali, sed civili lege determinandum est (El robo, el homicidio, el adulterio y la injusticia están prohibidos por las leyes de la naturaleza; en cambio, lo que con perjuicio de un ciudadano debe ser denominado robo, homicidio, adulterio o, en fin, injusticia, debe estar determinado, no por la ley naturdl, sino por la ley civil).

[4] Brodmann: *Recht und Gewalt* (*Derecho y poder*), pp. 32 y s.: "La seguridad jurídica consiste, de un lado, en la certidumbre de la ejecución y, del otro, en la certidumbre jurídica, esto es, en la doble circunstancia de que el sentido y la hipótesis de la norma jurídica deben ser ciertos."

presencia de una norma jurídica. Es característico del derecho positivo la posesión de esta cualidad determinadora, que permite individualizar la norma y que, en cambio, falta en las normas jurídicas fundamentales.

Positividad, existencia, validez y realidad, son términos que se refieren al mismo hecho y corresponden, exclusivamente, al derecho que deriva de una decisión. La determinabilidad del derecho presupone una unidad de decisión concreta e individual, que únicamente puede darse en la figura de la voluntad humana. Sólo la voluntad unificada, sea por la vía del contrato o por la acción del poder, o dicho en otras palabras, únicamente la individualidad dotada de voluntad puede transformar las normas jurídicas fundamentales en derecho positivo. Norma super-positiva e individualidad de voluntad son, en la misma proporción, condiciones *sine qua non* del derecho positivo; pero debe tenerse presente que el derecho es creado, sustentado y derogado, única y exclusivamente, por actos de voluntad humana.

La consecuencia que se deduce de lo expuesto es que todo derecho, incluido el consuetudinario, es producto de una decisión de voluntad exteriorizada de alguna manera por un sujeto individual, el cual, al través de ese acto, objetiva, en la forma de la norma, un contenido espiritual.[5]

La doctrina que afirma la posibilidad de la creación de derecho mediante un proceso de convencimiento jurídico,[6] priva al fenómeno creador de la validez del derecho del carácter, necesariamente activo, de las decisiones de voluntad. El convencimiento pasivo nunca ha sido eficaz, ni para objetivar una norma, ni para regular las relaciones humanas. El derecho que rige la conducta de los hombres sólo puede crearse por un acto valorativo de la voluntad, lo que no ha de entenderse en el sentido de que el derecho deba ser reconocido por todas aquellas personas para quienes vale, pues es suficiente el conocimiento, y precisamente

[5] Husserl se extiende ampliamente acerca de la estructura normal del acto productor de validez: *Rechtskraft und Rechtsgeltung* (*Validez y fuerza del derecho*), pp. 17 y ss. Es dudosa su tesis, que ya había sido expuesta por otros pensadores, según la cual y por ser *le contrat social* un hecho histórico, la constitución, para constituir la norma jurídica fundamental de una comunidad estatal, necesita "la aprobación voluntaria de todos aquellos sujetos jurídicos de la comunidad que deben vivir dentro del orden jurídico".

[6] Entre otros muchos, Jellinek: *Staatslehre* (*Teoría del estado*), pp. 341 y ss. Últimamente, en el mismo sentido, Hatschek: *Völkerrecht* (*Derecho internacional*) (edición de 1923), pp. 1 y s.

por quienes no le reconocen validez, de que será normal y eficazmente aplicado e impuesto.

La tesis que venimos defendiendo se combate frecuentemente con un argumento, dotado de un gran aparato y que consiste en la afirmación de que toda decisión volitiva presupone la existencia de la norma que se piensa creada por la decisión. Pero esta aparente dificultad se resuelve fácilmente con sólo observar que el proyecto de ley elaborado en una secretaría de estado no penetra en el mundo del derecho sino hasta el momento en que se produce la decisión de voluntad del órgano titular del poder legislativo;[7] en consecuencia, el derecho adquiere siempre su existencia de una decisión de voluntad exteriorizada, que declare, para el futuro, el contenido de la norma. Sin duda, según lo indicamos en líneas anteriores, la decisión volitiva debe crear un derecho que traduzca el sentido de las normas jurídicas fundamentales, pero esta substancia de las normas jurídicas necesita quedar individualizada por una voluntad valorativa, pues sólo al través de ese acto adquiere validez y positividad.

No obstante las ideas hasta ahora expuestas, el derecho, en su validez, positividad y existencia, es sustentado por la actividad voluntaria de los hombres y exclusivamente por ella; se incurre en un error jurídico cuando se objeta en contra de lo que acabamos de expresar, que las normas jurídicas obligan a quienes están dirigidas aún en contra de su voluntad: la autonomía de la validez del derecho respecto de perturbaciones particulares no está a discusión y nadie, que sepamos, la ha negado; lo que sí se discute es la validez del derecho cuando es negado por todas o por la mayoría de las personas a quienes se dirige la norma; creemos que está fuera de duda el hecho, por grave que pueda

[7] Esta circunstancia es completamente desconocida por Kelsen (*Hauptprobleme* [*Problemas fundamentales*], p. 416), para quien, cada una de las etapas del proceso legislativo tiene el mismo valor, siendo la sanción de la norma jurídica una consecuencia puramente política y no jurídica. Su error coincide con la confusión, que se encuentra en la misma página de su libro en que se ocupa de la *verdad del juicio jurídico*, entre validez lógica y jurídica. El hecho de que según el artículo 68, inciso segundo, de la Constitución del Reich de 1919, radiquen en el mismo órgano la determinación del contenido y la sanción de la norma, a diferencia de lo que ocurría dentro de la Constitución de Bismarck, en la que se dividía la competencia entre el *Bundesrat* (*Consejo federal*) y el *Reichstag* (*Parlamento*), carece en lo absoluto de significado para la decisión de nuestro problema.

parecer a la seguridad humana, consistente, por una parte, en que toda norma jurídica puede ser destruida por un proceso de voluntad y, por otra, en que no existe ninguna fuerza terrestre capaz de impedir a una voluntad soberana, quiere decir, a una voluntad que pueda determinarse a sí misma, que destruya un orden jurídico y lo substituya con nuevo derecho.

La positividad del derecho se funda, por una parte, en el carácter ideal de las normas jurídicas fundamentales y, por otra, en la facticidad social de una unidad de voluntad decisoria suprema; la unidad volitiva es quien positiviza a la norma jurídica, quiere decir, la trasplanta del mundo limitado, si bien rico en posibilidades, de las normas jurídicas fundamentales, al mundo de la realidad jurídica. La obligatoriedad del derecho positivo no puede entenderse, a menos de derivarla de la fuerza obligatoria de las normas éticas fundamentales del derecho y de la fuerza obligatoria de la autoridad de la comunidad. Pero las normas jurídicas fundamentales obligan sólo ética y no jurídicamente, diferenciándose de los mandamientos autoritarios impuestos coactivamente, en que éstos pueden encontrar obediencia por temor a la coacción, pero sin obligar a la conciencia. Todo intento para juzgar unilateralmente esta cuestión, ya en su aspecto ideal, ya del lado de los hechos, hace imposible la comprensión adecuada del problema del deber jurídico.

El concepto del derecho positivo se ha desarrollado en forma polémica en contra del derecho natural del Iluminismo. Nadie ha expuesto con mayor claridad que F. J. Stahl los graves errores en que incurrieron; por una parte, la creencia, ciega a la individualidad y a la historia, en un *ordre naturel* racional y, por otra, la unilateralización del problema, *norma e individualidad,*[8] mediante la creencia en un derecho natural imperativo:

> La filosofía que únicamente reconoce lo que deriva de la razón, no puede buscar la fuente del *ethos* sino en la razón misma; este principio serviría de fundamento al derecho natural. Pero la razón de la que debe deri-

[8] Cuando E. Kaufmann (*Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* [*Publicaciones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público*], Cuaderno 3, p. 20) afirma que el estado no crea derecho, pero que debe quedar reservada al legislador, necesariamente, "la decisión acerca de la elección de los principios generales de la justicia y la formulación de las reglas y formas de la técnica jurídica", no es posible imaginar, después de esta actividad, lo que haya de entenderse por derecho positivo.

varse el *ethos* necesita, a su vez, de un concepto fundamental del cual derivarlo, mismo que, según creemos se comprenderá fácil y necesariamente, tiene y debe subsistir independientemente de toda abstracción de la razón. Este concepto fundamental, desde los puntos de vista subjetivista y racionalista del derecho natural, es la existencia del ser pensante, esto es, la naturaleza humana; pero la naturaleza humana real es siempre una *naturaleza determinada* por su individualidad, por el medio que la rodea, por el destino, por el tiempo, por la materia, o expresado en una palabra, por la historia. Ahora bien, la naturaleza humana, determinada por la historia, no es una necesidad lógica.[9]

En oposición al derecho natural racionalista, damos el nombre de derecho positivo a las normas positivizadas por una voluntad autoritaria de la comunidad. Llamamos soberana[10] a aquella voluntad de la comunidad a la que corresponde adoptar las decisiones últimas y en la que reside el supremo poder legislativo. Siempre que se cree en la existencia de un *ordre naturel* independiente, en su validez lógica, de las voluntades divina y humana, sea que nos coloquemos dentro del pensamiento de Grocio o de Marx o de la idea del derecho liberal del Iluminismo racionalista, siempre que concibamos al *ordre naturel* como un substituto del derecho positivo, haremos absolutamente incomprensible el problema de la soberanía. Esta misma imposibilidad se encuentra en el positivismo, tan generalizado en nuestros días, que concibe al derecho como un simple producto de la voluntad, sin referirlo a una base super-positiva de validez, quiere decir, sin relacionar la voluntad con las normas jurídicas fundamentales.

La teoría que venimos exponiendo acerca de la relación entre norma jurídica y norma fundamental del derecho, es un *a priori*. La conexión estrecha entre positividad y soberanía no se consiguió sino hasta que se organizó un poder estatal independiente, en el exterior, del papa y del emperador y, en el interior, de los señores feudales. En el orden de la sociedad feudal, con su amplísima descentralización, valía la célebre frase de Beaumanoir (muerto en 1296): *çascuns barons est souverains en sa baronnie*; pero, en todo caso, valía también la frase siguiente: *Li rois est*

[9] Stahl: *Philosophie des Rechts* (*Filosofía del derecho*), tomo I, pp. 111 y 117.

[10] Sobre la voluntad de la comunidad, objetivadora de la *lex contractus* en un orden contractual, libre de todo poder, compárese lo que decimos en las páginas 229 y ss.

souverains par desor tous.[11] El concepto de soberanía de aquella época era, por su dualidad, un concepto comparativo, pero se transformó en un concepto absoluto en el instante en que fue superada la descentralización tradicional de la función legislativa. La creciente civilización reclamó una seguridad jurídica más amplia y firme dentro del territorio del reino y, al mismo tiempo, la unidad y ampliación del poder legislativo central. La terminación provisional del proceso aparece en la doctrina de la soberanía de Bodino, en la que se atribuye la soberanía a la voluntad titular del supremo poder legislativo. En consecuencia, de conformidad con este proceso, la esencia de la soberanía consiste en la positivización de las normas jurídicas fundamentales, las cuales, mediante ese acto, se transforman en las normas jurídicas, ya determinadas, de la comunidad.

La fundamentación de la positividad del derecho en la facticidad de una unidad de voluntad soberana es combatida enérgicamente en nuestros días por el racionalismo jurídico. Esta concepción formal del estado de derecho liberal burgués, como heredera del derecho natural del Iluminismo, no se siente tranquila y satisfecha sino hasta que, mediante la supervaloración que hace de la norma sobre cualquier individualidad, consigue eliminar toda unidad individualizada de voluntad y substituirla por una norma jurídica. A esta argumentación debe responderse diciendo que las normas jurídicas son siempre y necesariamente, normas individualizadas, esto es, normas que obtienen su determinación y positividad merced a una decisión individual de voluntad exteriorizada. El racionalismo jurídico de nuestros días, que pretende desligar la positividad de la autoridad soberana de la comunidad, cae en un conflicto insoluble, tal como ocurrió al derecho natural del Iluminismo: por una parte, pretende ser positivismo puro y, por otra, descarta toda idea de derecho natural; pero siguiendo este camino tendría que llegar a una individualidad soberana, que con independencia plena y dentro del campo normativo, positivizara la norma jurídica; ocurre, sin embargo, que sobre cada individualidad debe existir, según el racionalismo formalista que venimos exponiendo, una norma jurídica.

[11] Consúltese Rehm: *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft* (*Historia de la ciencia del derecho y del estado*), p. 193, A. 2. Además, So[illegible] *Fränkrische Reichs-und Rechtsgeschichte* (*Historia del derecho y del estado franco*), t. I, p. 102.

Veamos ahora cómo analiza el racionalismo jurídico, en su forma más perfeccionada, que es la corriente representada por Kelsen, el problema de la soberanía y positividad: Kelsen —para permanecer, por ahora, en un orden de poder— suprime la unidad social decisoria efectiva, a la que corresponde positivizar la norma jurídica fundamental y transformarla en norma jurídica; quiere decir, Kelsen suprime la voluntad soberana positivizadora del derecho y la substituye con una norma fundamental lógico-jurídica, aparentemente satisfactoria. Pero, ¿quién positiviza al derecho? Kelsen da a esta pregunta una respuesta lógicamente incomprensible.

El jefe de la Escuela vienesa afirma, primeramente, que la norma originaria instituye a la autoridad constituyente. La constitución, continúa diciendo el ilustre profesor, adquiere su relevante validez jurídica de la norma originaria, si bien su contenido proviene "del acto empírico de voluntad de la autoridad constituyente". [12] En consecuencia, tenemos, en primer término, una constitución, dotada de una relevante validez jurídica y, después, una *autoridad constituyente*, un logogrifo que no podemos entender. La solución para este galimatías del pensamiento es bien sencilla y consiste en que, sin una voluntad que positivice las normas jurídicas fundamentales, no puede hablarse de *validez jurídica relevante*; ahí donde no existe una norma dotada de un contenido individualizado, no puede existir norma jurídica alguna positiva.

No sólo la polémica de Kelsen contra el dogma de la soberanía, sino toda la Teoría pura del derecho descansa y, a la vez, se disuelve, en la afirmación de que la validez del derecho nada tiene que ver con la facticidad de una voluntad individualizada que positivice las normas. Esta postura kelseniana adquiere una cierta apariencia de legitimidad por el hecho de que la doctrina sobre la voluntad del estado, con un sentido unilateral del problema, únicamente releva el poder que garantiza la efectividad del derecho, con lo que deja de lado la función, tanto o más importante, que consiste en la individualización y determinación de las normas; pero precisamente porque Kelsen excluye toda individualidad de voluntad, no sólo pierde su sostén el concepto de soberanía, sino que, además, se hace irrealizable el concepto de

[12] *Die Souveränität* (*La soberanía*), cap. I.

positividad. ¡La circunstancia de que la Teoría pura del derecho haya podido ocultar su falso punto de partida con la utilización de palabras sinónimas que tienen dos o más significados y con el empleo de dos o más conceptos de soberanía, no obstante lo cual produce la impresión de que opera sin contradicciones, es, en verdad, digno de admiración!

¿Qué es lo que se llama positividad en el sistema del racionalismo jurídico puro? En algunos pasajes de sus obras, parece como si Kelsen estuviese de acuerdo con nuestro concepto de positividad; es en aquellos en que presupone la soberanía del estado. El hecho de que Kelsen presente este dato como uno de los dos presupuestos posibles, constituye, justamente, el error fundamental de su doctrina, cuestión de la que habremos de ocuparnos posteriormente. En todo caso, no existe sino un párrafo en el que el profesor vienés se pregunta y responde:

> ¿Cuándo puede ser considerada una norma como un elemento integrante de un orden jurídico estatal? Según la doctrina kelseniana, este reconocimiento se obtiene si podemos conducir la norma, a través del sistema escalonado de la pirámide jurídica, hasta la fuente última, hasta la norma originaria, fundamento de la unidad y particularidad del orden jurídico estatal y de la que se desprende la totalidad del orden jurídico; esta norma originaria es la constitución positiva, promulgada por una asamblea o por un monarca absoluto. Pero inmediatamente después nos dice Kelsen que estamos obligados a obedecer la decisión de dicha asamblea o del rey, no porque el deber de obediencia derive de la positividad de la constitución, sino porque es un presupuesto básico, a la vez que indemostrable; dicho presupuesto es el fundamento lógico de la validez del orden jurídico soberano. [13]

Parece como si en este párrafo se refiriera Kelsen a la soberanía de un orden jurídico individualizado frente a otros órdenes jurídicos. El jefe de la Escuela vienesa, sin embargo, se encarga de transformar rápidamente los conceptos de norma jurídica fundamental, positividad, validez y soberanía:

> El término *positivo* sirve únicamente para designar la diferencia entre el derecho y la moral, la política, la religión y la naturaleza, esto es, hace referencia a la autonomía del derecho delante de los restantes sistemas normativos; y ese es asimismo el significado que debe atribuirse al concepto de soberanía del orden jurídico. [14]

[13] *Die Souveränität* (*La soberanía*), p. 93.
[14] *Obra citada*, p. 93.

Leyendo cuidadosamente las páginas kelsenianas se observa que, en ocasiones, habla el profesor vienés de un *orden jurídicamente determinado*[15] y en otras, íntimamente relacionadas con la fórmula anterior, y aún en la misma frase, de *derechos*;[16] en algunos pasajes hace referencia a un orden jurídico histórico, individual y concreto, positivizado por una decisión individual de voluntad, alguna asamblea o un rey, en tanto en otros pasajes, esta misma palabra, *positividad*, significa, exclusivamente, la autonomía teórica del derecho abstracto frente a todos los sistemas normativos jurídicos. Para usar las mismas palabras de Kelsen:

> Si no fuera engañarse ingenuamente, valdría la pena escribir esa palabra por última vez y quemarla después en medio de una gran solemnidad, por inútil, ya que no es otra cosa que un simple juego de espejos.[17]

Kelsen oculta estas confusiones, que aparecen en casi todas sus páginas, mediante la introducción del concepto de norma fundamental, el cual, de la misma manera que su concepto de positividad, posee un significado ambiguo.[18]

[15] *Die Souveränität* (*La soberanía*), pp. 87 y 108.

[16] *Obra citada*, p. 94. Es de hacerse notar que en esta materia y particularmente en el derecho internacional, se reconocería fácilmente la falsedad de numerosas doctrinas si la ciencia del derecho distinguiese con claridad entre los conceptos de derecho y de orden y sistema jurídico. Ya Bergbohm (*Jurisprudez und Rechtsphilosophie* [*Jurisprudencia y filosofía del derecho*], p. 62 y nota) denunció la identificación entre derecho y orden jurídico; y Stammler (*Theorie der Rechtswissenschaft* [*Teoría de la ciencia del derecho*] pp. 209 y s. y *Rechtsphilosophie* [*Filosofía del derecho*], p. 274, A. i) constató que la pregunta acerca de lo que es un orden jurídico, nunca se ha planteado en la literatura jurídica. Somlo (*Juristische Grundlehre* [*Teoría jurídica fundamental*], p. 98), que define al orden jurídico como "la totalidad de una pluralidad de normas jurídicas sustentadas en una unidad de promoción", lo identifica, no obstante, con el derecho. Recientemente Darmstaedter (*Recht und Rechtsordnung* [*Derecho y orden jurídico*]) intentó separar los dos conceptos y sostuvo que únicamente puede hablarse de orden jurídico, "cuando sus normas determinan el campo de la propia actividad". Pero esta determinación sólo puede darse si el orden jurídico es concebido como un sistema jurídico.

[17] *Die Souveränität* (*La soberanía*), p. 245.

[18] En algún pasaje de la obra de Kelsen, la norma fundamental es, simplemente, la voluntad del estado, la cual, no obstante, no es nombrada. En este sentido, la norma fundamental, cuyo concepto fue construido primeramente por Walter Jellinek (*Gesetz und Gesetzesanwendung* [*Ley y aplicación de la ley*], pp. 26 y ss.), es un intento inútil de la tendencia logicista, tendencia que no es sino positivismo, para convertir la autoridad real en un deber ser mediante un simple cambio gramatical, a efecto de descartar los complicados problemas de norma e individualidad y de derecho y fuerza; es el

Es indudable que ahí donde Kelsen habla de un orden jurídico concreto y positivo, positividad y soberanía están indisolublemente unidas. Pero, ¿qué significa positividad en su segunda acepción, la cual, no obstante que pertenece aparentemente a una alternativa, es sin embargo presentada por Kelsen como la única solución verdadera? ¿Cómo se pueden distinguir el derecho natural y el derecho positivo, si el único criterio que se ofrece como base para la distinción es la independencia de los sistemas normativos de la moral y de la razón? [19] Kelsen no proporciona respuesta alguna a esta pregunta, pero tampoco podría darla, porque, primeramente, su diferenciación entre derecho natural y derecho positivo es falsa histórica y sistemáticamente [20] y porque y sobre todo, Kelsen es iusnaturalista, pero sólo formalmente, esto es, el maestro de Viena no funda la validez de la norma jurídica en un acto individual de voluntad enmarcado dentro del campo

intento para colocar un subrogado lógico en el lugar de la elaboración material del derecho y es, a la vez, la expresión de la incapacidad para entender filosóficamente el ser de un deber ser. Resulta claro, que la norma fundamental debe fundar la unidad y particularidad de este orden jurídico estatal. Es significativo que Kelsen, a lo largo de sus obras, y en la frase que citamos (*obra citada*, p. 93), use del artículo determinado cuando habla *del* orden jurídico, no obstante que en dicha frase se trata de *uno* o de *este* orden jurídico, según se desprende, con absoluta claridad, del párrafo siguiente, que dice, "*decisión de esta asamblea*". Kelsen tiene que emplear este lenguaje impreciso para ocultar que la unidad y particularidad de *esta* norma fundamental, fundadora del orden jurídico individual, es distinta de la unidad y particularidad de la norma fundamental consolidada en el orden jurídico. La primera, dice: tú debes obedecer a una voluntad individual. En tanto la última, expresa: tú debes obedecer a alguien o a algo que mande dentro de los principios constitutivos lógicos del derecho, esto es, tú debes obedecer normalmente, cuando se te manda normalmente.

[19] Kelsen: *Die Souveränität* (*La soberanía*), pp. 86 y ss.

[20] Consúltese la crítica de Hold: *Staat als Übermensch* (*El estado como superhombre*) y de Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), quien caracteriza al orden jurídico positivo como "aquel que se actualiza en los actos de los órganos". Haciendo a un lado que esta "exacta circunstancia intermediaria" significa un salto de la Teoría pura del derecho al *meta-derecho*, Verdross cae en el peligro de un idealismo abstracto, que tropieza en un punto determinado con la más nuda facticidad. Consúltese, del mismo Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 6, "A", 4, en cuya obra, el derecho positivo es presentado como *fuerza*, en la inteligencia de que su positividad, sin limitación alguna, concluye con su realización. Otro partidario de la Teoría pura del derecho, Sander: *Archiv für öffentliches Recht* (*Archivos de derecho público*), 1926, pp. 154 y ss., llegó felizmente a la separación del derecho de toda relación y perspectivas de fuerza.

de las normas jurídicas fundamentales, sino que pretende deducirla de abstracciones lógicas carentes de contenido. La verdad es que Kelsen sólo a través del uso de un *quaternio terminorum* ha podido ocultar, por una parte, que su norma jurídica fundamental, abstraída lógicamente y que, aparentemente, debe ser soberana, carece de positividad y, por otra, que dicha norma representa una soberanía del derecho sin derecho.

Si la afirmación de Kelsen fuera verdadera y si la polémica en torno a la soberanía del estado fuese una simple disputa acerca de los presupuestos del conocimiento jurídico, entonces, el soberano no sería el estado, sino el jurista kelseniano.[21] Sin duda, la polémica gira en torno a un dato jurídico, a saber, si tiene que existir una norma jurídica que cree y destruya al estado o si, a la inversa, el estado soberano, como hecho histórico, debe ser un presupuesto lógico para que el jurista pueda reconocer como positiva a una norma jurídica. Nuevamente nos presenta Kelsen el poco atractivo juego de los distintos significados del término norma; en efecto, expresamente enseña que "el significado del poder del estado no consiste en que un hombre esté subordinado a otro, sino en que los hombres estén subordinados a las normas, si bien es verdad que son hombres, pero siempre subordinados a las normas, quienes imponen a éstas".[22] Ahora bien, si es exacta la afirmación de que las normas impuestas por el poder adquieren su positividad a condición de que el poder que las positiviza sea competente y actúe por procedimientos jurídicos,[23] es en cambio falsa la afirmación de que es una norma jurídica o simplemente la ciencia del derecho, quien decide si el estado es o no competente para crear el derecho.

Otra corriente, la concepción sindicalista descentralizadora del estado, se eleva también en contra de la doctrina que sustentamos respecto de la naturaleza de la soberanía y de su necesaria relación con la positividad del derecho: esta corriente sindical habla de la positividad de normas autónomas, expedidas por asociaciones más pequeñas que el estado, pero encuadradas en él. A esta doctrina se le debe responder diciendo que la positi-

[21] *Die Souveränität* (*La soberanía*), pp. 14 y s. *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), p. 193.
[22] *Staatslehre* (*Teoría del estado*), p. 99.
[23] *Die Souveränität* (*La soberanía*), p. 89, A. I.

vidad de las normas emanadas de asociaciones encuadradas en el estado se deduce, precisamente, del orden jurídico estatal: en efecto, la unidad del estado contemporáneo se manifiesta, entre otras circunstancias, en el hecho de que dicho organismo, cualesquiera sean las circunstancias, puede, de jure, suprimir la positividad de los órdenes normativos que se le opongan o aspiren a contrariarlo. Por otra parte, cada sujeto de voluntad incorporado al estado se encuentra ligado a los demás, por lo menos, en dos aspectos: primeramente, porque todo ser humano pretende influir en la positivización del orden jurídico estatal y, en segundo término, por cuanto está obligado a respetar ese mismo orden jurídico, por lo menos, ocultando aquellas acciones que lo contradigan. La fuente del error en que incurre Laski en su polémica en contra de la soberanía aparece claramente del siguiente párrafo de una de sus obras: *A trade-union as such has no connection with the Mormon-Church; it stands self-sufficient own legs. It may work with the State, but it need not do so of necessity.*[24] Pero cualquiera que sea la idea que se tenga del estado, será siempre falsa la afirmación de que pueden existir uno o más sujetos de derecho que no tengan con el estado alguna *essential connection.* Los sujetos incorporados al estado pueden ser históricamente más antiguos que él, pueden ser todo lo independiente y poderosos que se quiera en los campos político y económico, pero la validez jurídica de sus normas descansará necesariamente, en última instancia, en la positividad de las normas estatales.

Resumiendo lo expuesto diremos que la esencia de la soberanía consiste en la capacidad o facultad para positivizar las normas jurídicas de más alto rango de la comunidad; dentro del orden jurídico del estado moderno no existe positividad jurídica sin soberanía. De ahí que la doctrina jurídica que pretende desprender o atribuir la sentencia judicial, el acto administrativo o el negocio jurídico a la ley y ésta a la constitución, caiga, irremediablemente, en una posición ambigua, por cuanto disuelve la

[24] *Studies,* 10. Aun cuando Laski continúa diciendo que en la teoría monista desprende el hombre su significado solamente de sus relaciones estatales agrega no obstante que: "*In the pluralistic theory, while his relations may be of the deepest significance, it is denied that they are the sole criterion by which a man ought to be judged*", de todas maneras, otorga, al monismo jurídico, la pretensión de ser un juzgador moral. Que el buen ciudadano debe sed distinguido del hombre bueno, es, por lo menos desde Kant, un asunto suficientemente sabido.

unión entre la positividad del derecho y la soberanía del estado. El jurista tiene que partir del hecho de la soberanía, ya que, si no reconoce su existencia, pierde la materia de su disciplina, que es el derecho positivo y queda, con su ciencia y su arte, colgando en el aire.

Pero en este punto de nuestra exposición, necesitamos suspender el estudio sobre la esencia de la soberanía, pues no podemos continuarlo sin preguntarnos antes por su sujeto y por sus limitaciones.

CAPÍTULO CUARTO

EL SUJETO DE LA SOBERANIA

I

LA CONDICIÓN ACTUAL DEL PROBLEMA

En nuestra exposición histórica quedó suficientemente precisado que el punto crucial del problema de la doctrina del estado consiste, para la época en que vivimos, en la carencia de un sujeto de la soberanía; pero las conclusiones a que llegamos en los dos capítulos precedentes nos imponen la necesidad de encontrar un sujeto capaz de positivizar las normas jurídicas y, por tanto, de adoptar, cualesquiera sean las circunstancias, decisiones valorativas. El sujeto que buscamos debe ser, por una parte, un sujeto de voluntad real y, por la otra, una autoridad independiente, capaz de expedir las normas jurídicas. Nuestra doctrina moderna del estado desconoce la existencia de un sujeto dotado de las cualidades mencionadas.

La doctrina imperante en Alemania a partir de Hegel, señala como sujeto de la soberanía al estado y explica la soberanía como una cualidad del poder del estado o, mediante una explicación que nos parece poco clara, como una cualidad de la voluntad del estado, esto es, como una cualidad de la persona estatal. Pero para aceptar al estado como sujeto de la soberanía sería indispensable poder explicarlo, con necesidad objetiva, como una voluntad unitaria real y como una unidad decisoria.

La teoría del conocimiento de la doctrina moderna del estado, que es la misma de la ciencia de la naturaleza, únicamente admite un concepto materialista de la realidad, que tiene su correlato en un idealismo fingido. Partiendo de esta base metafísica, sostiene una parte de la doctrina alemana, que la unidad del estado es meramente fingida.[1] Tiempo antes de Kelsen, uno de los corifeos de esta postura impartió el consejo siguiente: "Procura, al efectuar la exposición del derecho positivo de un estado, hacer desaparecer su personalidad y aún el concepto mismo

[1] Así, a ejemplo, Bierling: *Kritik der juristischen Grandbegriffe* (*Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales*), t. II, pp. 222 y ss. Schlossmann: *Lehre von der Stellvertretung* (*Doctrina de la representación*), t. I, p. 125.

de estado y así podrás observar cuán fácilmente marcha todo".[2] Es indudable que este *estado-ficción* no puede ser nuestro sujeto de la soberanía.

Pero también la llamada *teoría de la abstracción*, representada por algunos de los más distinguidos tratadistas de nuestra época,[3] que aparentemente combate la teoría del *estado-ficción*, desemboca inevitablemente en un ficcionalismo y en una contradicción interna. Hänel afirma, con el mayor énfasis, que si hacemos a un lado sus órganos, "el estado no posee ninguna realidad", ya que es sólo una abstracción unilateral, que construimos, en determinadas circunstancias, para aclarar nuestro pensamiento y nuestro lenguaje.[4] Fundándose en las mismas ideas, si bien con mayor precaución, Triepel sostiene que "los órganos son el estado; éste, sin ellos, es la nada. Sin duda, el estado no es una ficción, sino una abstracción, es, entre otras varias formas sociales, la unidad representativa de una comunidad humana".[5] La fórmula, *abstracción y no ficción*, procede de Jorge Jellinek:

> La abstracción corresponde a hechos reales del mundo exterior y a acontecimientos internos, en tanto la ficción coloca, en el lugar de los hechos naturales, una realidad imaginaria, a la que identifica con aquellos hechos y acontecimientos.[6]

Para Jellinek, los órganos son también, "el estado que quiere, por lo que, si se suprimen, desaparece automáticamente su representación".[7]

La teoría de la representación de Jellinek y de la doctrina corriente descansa en el principio de que, detrás del mandatario de derecho privado, se encuentra otra persona, en cambio, "detrás de los órganos del estado, no existe nadie".[8] Pero si el

[2] Affolter: *Archiv für öffentliches Recht* (*Archivos de Derecho Público*), 17, 135.

[3] Además de los que se citan en este libro, Meyer-Anschütz: *Obra citada*, pp. 17 y ss. Schmidt: *Der Staat* (*El estado*), pp. 1 y ss. Rehm: *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), pp. 156 y ss.

[4] Hänel: *Gesetz im formellen und materiellen Sinne* (*Concepto de ley en sentido formal y material*), p. 231.

[5] *Völkerrecht und Landesrecht* (*Derecho internacional y derecho estatal*), pp. 78 y 120 y ss.

[6] *System der subjektiven und öffentlichen Rechte* (*Sistema de los derechos públicos subjetivos*), pp. 2 y 17.

[7] *Obra citada*, p. 225.

[8] *Obra citada*, p. 30.

estado es únicamente sus órganos, su unidad y su voluntad, sin género alguno de duda y de acuerdo con la definición misma del ilustre maestro de la Universidad de Heidelberg, son ficticios;[9] esta conclusión se corrobora si consideramos que el propio Jellinek, que defiende la dualidad infranqueable entre naturaleza y espíritu y, además, nos previene contra el sincretismo metódico,[10] sostiene que la *unidad de voluntad del estado no es en manera alguna un producto de la naturaleza, sino que es creada por determinados procesos jurídicos.*[11] En otro pasaje explica Jellinek que los conceptos de estado y de hombre, como sujetos de derecho, tienen exactamente el mismo rigor y justificación científicos. Sólo partiendo de esta doctrina, agrega nuestro autor, "pueden ser inteligibles para el conocimiento jurídico la unidad del estado, la de su organización y la voluntad que se crea como efecto de dichas unidades".[12] Esta exposición tan promisoria parece que toma como punto de partida el conocimiento del estado como un fenómeno real, de lo que a su vez se deduciría que la elevación de esta unidad colectiva a sujeto de derecho no es *la ficción de una substancia que no existe en sí misma*; de esta primera consecuencia se desprendería una segunda, consistente en que todas las unidades que el derecho eleva a la categoría de sujetos tienen existencia real. Pero inmediatamente después, Jellinek afirma todo lo contrario: el individuo humano y el estado no deben ser concebidos como unidades substanciales; *del estado no puede decirse que sea una unidad existente fuera de nosotros.* Si lo que Jellinek afirma fuera exacto: "En el mundo de la naturaleza física, los actos de voluntad de los miembros de una unidad colectiva son siempre y únicamente actos de voluntad de los individuos que los realizan, en tanto en el mundo ético-jurídico son actos de la comunidad",[13] entonces, la existencia de un poder unitario del estado, al que se atribuye, como una de sus cualidades, la soberanía, sería un acertijo insoluble. ¿O es acaso que el poder y la voluntad del estado no son idénticos? La verdad es que se ha

[9] Correctamente, Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (*Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del estado*), p. 179. Schmitt: *Diktatur* (*Dictadura*), p. 141.

[10] *Obra citada*, p. 17.

[11] *Obra citada*, p. 41.

[12] *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), pp. 170 y ss.

[13] *System der subjektiven und öffentlichen Rechte* (*Sistema de los derechos públicos subjetivos*), p. 30.

extendido un curioso crepúsculo sobre la relación en que se encuentran estos dos conceptos centrales de la doctrina moderna del estado: una tendencia, que no ha captado la oposición dialéctica entre derecho y fuerza, identifica la voluntad del estado con el derecho positivo y su poder con la fuerza, en tanto otra corriente identifica derecho y fuerza;[14] pero ninguna de estas posturas ha podido aclarar la relación en que se hallan idealidad y realidad. En los últimos años, Thoma constituye un ejemplo asombroso entre los partidarios de estas doctrinas: en algunos pasajes de sus obras, el estado, de la misma manera que las restantes comunidades humanas, es considerado como un fenómeno real (*Realgebilde*),[15] atribuyéndose a Gierke el mérito de haber relevado, con su teoría de la corporación, *la realidad de las comunidades humanas*; en una frase inmediata se habla otra vez del estado como *una abstracción desprendida de la realidad*, para, finalmente, presentarlo de nueva cuenta como un *fenómeno real* y elevarlo a la categoría de sujeto de la soberanía, si bien dando a ésta un valor relativo. En otro pasaje, un poco anterior al que venimos citando, expresa Thoma que el estado es, solamente, una *unidad normativa*, un producto del pensamiento y en manera alguna una creación social.[16]

La teoría inorgánica del estado no resuelve la oposición entre naturaleza y espíritu, voluntad y norma; Gierke, uno de los creadores de la teoría orgánica, la resuelve unilateralmente en beneficio de la naturaleza y de la voluntad. Esta concepción naturalista puede explicar el poder del estado, pero, en cambio, no puede comprender su poder jurídico: Gierke sostiene que el meollo de la subjetividad jurídica, tanto para la comunidad como para el individuo, radica en la voluntad, que es *la fuerza creadora de los movimientos externos*;[17] semejante doctrina permite ciertamente comprender el hecho, incomprensible para la teoría inorgánica del estado, consistente en que "de partículas de voluntades individuales se construya la unidad orgánica de una voluntad colec-

[14] Consúltese, Laband: *Staatsrecht* y *Systematische Rechtswissenschaft* (*Derecho del estado* y *Ciencia sistemática del derecho*), p. 362. Anschütz: *Verwaltungsrecht* (*Derecho administrativo*), p. 372.

[15] *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* (*Diccionario de las Ciencias del Estado*), Artículo: *Staat*, t. VII, pp. 753 y ss.

[16] *Begriff der Demokratie* (*Concepto de democracia*), en *Erinnerungsgabe für M. Weber* (*Edición en honor de M. Weber*), t. II, p. 55.

[17] *Genossenschaftstheorie* (*Teoría de la corporación*), pp. 608 y ss..

tiva";[18] pero esta misma doctrina, que con una cierta alegría acude frecuentemente a Darwin y a Haekel, no explica en forma alguna por qué tenemos que aceptar que *la causa creadora de los movimientos externos* tenga algo que ver con el derecho. La verdad es que la teoría orgánica del estado, de la misma manera que la corriente sociológica que trabaja con el concepto de intercambio de acciones y con los datos de la psicología de las masas y del psicoanálisis, no puede, sin incurrir en contradicciones, explicar la unidad estatal,[19] entre otras razones, porque no se nos da, como algo existente, alguna relación psicológica real de todos los hombres con los que pertenecen jurídicamente al estado.

Concluyendo podemos decir, que la doctrina del estado no ha logrado hacer comprensible al estado como sujeto de la soberanía. Dicha doctrina no puede siquiera imaginar la existencia de una unidad social decisoria que valga jurídicamente como sujeto de actos soberanos que se reflejan en el reino de la causalidad. *La soberanía de una ficción o aún de una abstracción, es inimaginable.* Por otra parte, la afirmación de Kelsen consistente en que la tendencia de la doctrina contemporánea es concebir al estado con la misma realidad que corresponde al hombre, no es atinada;[20] el mérito de su Teoría pura del derecho radica más bien en el reconocimiento de los titubeos contradictorios de la doctrina corriente de nuestros días y en haber desprendido con todo rigor, y hasta en sus últimos detalles, las consecuencias que derivan de ella. En su obra, *Problemas fundamentales de la teoría jurídica del estado,* muestra, con plena justificación, cómo de las premisas de la doctrina de Jellinek se desprende la frase: "Para la consideración jurídica, el acto psíquico de voluntad de los órganos del estado es *totalmente irrelevante.* El concepto, voluntad del estado, no guarda relación alguna con los fenómenos psicológicos de la voluntad."[21] Pero como los términos, estado y voluntad del estado, le resultaban extraordinariamente incómodos, en sus obras posteriores se acogió al consejo del conocido tratadista Af-

[18] Preuss: *Schmollers Jahrbuch* (*Anuario Schmoller*), pp. 26 y 562.
[19] Consúltese sobre este aspecto, la atinada crítica de Kelsen: *Der sociologische und der juristische Staatsbegriff* (*Los conceptos sociológico y jurídico del estado*), pp. 4 y ss. Acerca de la imposibilidad de usar la categoría, *intercambio de influencias,* consúltese a Litt: *Individuum und Gemeinschaft* (*Individuo y sociedad*), pp. 3 y ss.
[20] *Staatsbegriff* (*El concepto del estado*), p. 3.
[21] *Hauptprobleme* (*Problemas fundamentales*), p. 134.

folter y los hizo desaparecer.[22] Ahora bien, como según Kelsen el estado se identifica con el orden jurídico, el cual, a su vez, es concebido como un sistema de normas sociales separado de toda facticidad, resulta, sin género alguno de duda, que este estado, así desaparecido, no puede ser el sujeto de la soberanía.

Las anteriores conclusiones permiten descartar las ideas de una voluntad ficta o abstracta del estado; hemos visto que conducen a una serie irresoluble de contradicciones. Llegamos así nuevamente a la doctrina de la soberanía del derecho, pero tampoco nos sentimos satisfechos: creemos haber demostrado que el *estado-abstracción* no puede ser el sujeto de la soberanía, por lo que no deberíamos lamentar su desaparición, pero, infortunadamente, la radical desubjetivación kelseniana no nos permite entender qué es lo que autoriza al profesor vienés para hablar de la unidad y particularidad de un orden jurídico concreto y por qué y cómo es un punto de imputación. Y tampoco lamentaríamos la desaparición de este *estado-abstracción,* si lográramos adivinar cuál es la necesidad objetiva, derivada de la realidad social o de la norma lógica fundamental, que nos obliga a imputar el orden normativo a un hombre, a un estado o a la humanidad, en lugar de imputarlo a la luna o, simplemente, a la teoría del estado de Hans Kelsen. ¿No hay algo, preguntamos, que nos obliga a admitir una unidad social real como sustrato de la personalidad jurídica? Nada, contesta Kelsen: el punto de imputación del derecho es establecido libremente por el jurista, que en este aspecto es plenamente soberano; para el jurista, orden normativo y punto de imputación, relación y personalidad jurídicas, son una misma cosa. Partiendo de estas premisas, evidentemente falsas, la argumentación kelseniana, correcta en su estructura lógica, conduce a consecuencias igualmente falsas:

> Si la persona jurídica es una construcción libre de los juristas, por medio de la cual se puede personificar cualquier relación jurídica, concebida como un orden normativo puro, bien en su totalidad, bien en alguna de sus partes, quiere esto decir que nada impide, puesto que se trata de una simple posibilidad y no de una necesidad, sea personificar, sea renunciar a la personificación de una relación jurídica, o lo que es igual, no hay nada que impida considerar a la misma relación jurídica como persona

[22] Consúltese la crítica que hace Wielikowski: *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie* (*Los neokantianos en la filosofía del derecho*), p. 163.

en un aspecto determinado y, en otro, como no teniendo la categoría de tal.[23]

Después de escuchar esta exposición tiene uno que preguntarse en qué se distingue la personalidad jurídica del estado de la acción de daños y perjuicios nacida de un motín y si, con estos elementos, puede Kelsen elaborar una teoría jurídica del estado; la imposibilidad de tal elaboración salta a la vista. La construcción piramidal del mismo autor de la Teoría pura del derecho, según es suficientemente sabido, parte del acto jurídico individual, pasa por el reglamento, la ley y la constitución positiva y, después de un curioso paralelismo entre fenómeno real y norma, desemboca en la norma fundamental —¿por qué precisamente aquí?—, creadora, por su propio movimiento, de la unidad del orden jurídico; pero, insistiremos una vez más, para que esta construcción pueda sostenerse, es preciso que admitamos la existencia de un acto psico-físico que sirva de soporte, como escalón último,[24] a la norma fundamental. Este dinamismo del orden jurídico,[25] tal como es presentado por Kelsen, resulta tan curioso como el paralelismo entre fenómeno real y norma: una de dos, o estamos en presencia de una pobre metafísica o no es la norma fundamental la que sirve de fundamento a la unidad dinámica del orden jurídico, sino que es la voluntad, falsamente representada como norma, quien nuevamente aparece y, a la vez que sirve de fundamento a la unidad del orden jurídico, produce su desenvolvimiento. Ahora bien, y no obstante que Kelsen dedicó todo un libro a la demostración de que la unidad estatal carece de existencia real y a la comprobación de que la *voluntad del grupo es,* exclusivamente, *un sistema de normas,*[26] el jefe de la escuela vienesa se vio obligado a plantear la siguiente cuestión, que le resultó totalmente contradictoria con su pensamiento: ¿No podrían los intereses de las clases sociales, los nacionales y los religiosos, ser más fuertes que la conciencia del estado, formar grupos y actuar más allá de los límites del derecho, poniendo así en tela de juicio la posibilidad de la unidad estatal?[27] Conviene

[23] *Souveränität* (*La soberanía*), p. 292.
[24] *Staatslehre* (*Teoría del estado*), p. 249. Compárese lo que digo en mi libro: *Krisis der Staatslehre* (*Crisis de la teoría del estado*), p. 309.
[25] *Staatslehre* (*Teoría del estado*), p. 248.
[26] *Staatsbegriff* (*El concepto del estado*), p. 14.
[27] *Staatsbegriff* (*El concepto del estado*), p. 10.

ahora proponer una nueva cuestión: ¿Quién o quiénes luchan en estos casos? ¿Sistemas ideales de normas o grupos unitarios? La respuesta no ofrece duda: sí, según el pensamiento kelseniano, la constitución adquiere su contenido de un *acto empírico* de voluntad de la autoridad constituida,[28] resulta evidente que esta voluntad sólo puede ser representada como una voluntad colectiva.

La teoría del estado de nuestros días ya no puede creer en la realidad de una *volonté générale*. Por otra parte, ya se contemple al estado como una abstracción o como un sistema ideal de normas ajeno a toda facticidad,[29] como esencia espiritual pura, o bien, finalmente, como una conducta espiritual de un número determinado de hombres influenciada por el contenido de ciertos libros,[30] en ninguna de estas hipótesis se encuentra algo que pueda utilizarse como sujeto de la soberanía.

Ni Kelsen, ni los restantes pensadores que desconocen la voluntad del estado, pueden escapar a las contradicciones: así, a ejemplo, cuando Laski, después de negar la realidad de la unidad estatal afirma, *that you can never find in a community anyone will which is certain of obedience*, y cuando sostiene que en una sociedad no se puede encontrar a los auténticos titulares del poder: *but with the real rulers must go sovereignty; and if you can not find them it too must be beyond the reach of human insigth*[31] se comprende fácilmente que, en síntesis, sustente la tesis de que, *in actual political conflict the sovereignty of the state means the sovereignty of gobernment.*[32] Laski sustenta repetidamente la opinión de que, vistas desde dentro, las relaciones entre los miembros del estado no muestran unidad alguna:

> neither in aim nor method. What the orthodox theory of sovereignty has done is to coerce them into an unity and thereby to place itself at the disposal of the social group which, at any given historic moment, happens to dominate life of the state.

Pero el ilustre profesor de ciencias políticas de la Universidad de Londres se ve no obstante obligado a aceptar la existencia de

[28] *Souveränität* (*La soberanía*), cap. v.
[29] Meinecke: *Idee der Staatsräson* (*La idea de la razón de estado*), p. 72.
[30] Driesch: *Wirklichkeitslehre* (*Teoría de la realidad*), p. 204.
[31] *Studies*, p. 17. Consúltese Duguit: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, p. 100: Las corporaciones, como tales, "*n'ont pas de réalité personele, n'ont ni conscience ni volonté*".
[32] *Studies*, p. 17.

una unidad inmanente, si bien, en ocasiones, impuesta por la fuerza; así se deduce de la siguiente frase, la que, de otra manera, resultaría el producto de una mística incomprensible: *The fact is that the state as an external unit seeking survival in a world of states is never the same to its members as that same state in the ebb and flow of its internal daily life.*[33] Tampoco renuncia Laski a la representación de *the constitution wills from which the group will is made.*[34] La doctrina de la soberanía del gobierno, que es una concepción que corresponde a una necesidad a la vez ingenua y estética, de la que se deduce que la unidad del estado se da en la unidad de un órgano realmente existente y perceptible a los sentidos, es una vieja idea, que deriva del principio monárquico; nació en los años de la Restauración francesa y tiene como representantes últimos a Max von Seydel y a Bornhak. Pero la pretensión del profesor londinense de ser más realista que los partidarios de la teoría de la personalidad ficticia del estado, no puede ser aceptada, salvo que hiciéramos a un lado el hecho sociológico y jurídico de la limitación constitucional, cualesquiera sean las circunstancias, de cada uno de los órganos jurídicos del estado.

Carlos Schmitt representa el único intento importante para regenerar el dogma de la soberanía mediante la reintegración de un sujeto de voluntad capaz de ser su titular. Su doctrina, que entronca con ciertos procesos del pensamiento de la contrarrevolución monárquica del siglo XIX y con el pensamiento de Sorel, pretende sustituir la soberanía ficticia del estado con la soberanía de uno de los órganos estatales. No podía faltar en la política teórica y práctica un intento para devolver su unidad y una voluntad soberana, a la democracia formal despersonalizada, integrando o sustituyendo al estado de derecho basado en la doctrina de la división de los poderes con una dictadura; en esta dirección se desarrolló en Alemania el pensamiento de Carlos Schmitt.

De conformidad con su exposición, el concepto de soberanía que nos legaron los siglos precedentes se ha transformado de manera esencial, debido al impulso de dos grandes factores: desde el punto de vista político, el fenómeno de las clases sociales

[33] *Foundations*, pp. 28 y s.
[34] *Foundations*, p. 28.

1 señala la primera causa de la transformación; en el campo jurídico constitucional, la libertad de coalición es el segundo de los elementos determinantes de su transformación; el viejo concepto de soberanía, como poder del estado opuesto a la soberanía de todos los restantes sujetos posibles es, simplemente, una locución que oculta el verdadero problema de nuestros días.[35] Schmitt, que en esta cuestión está muy cerca de Laski, atribuye a la doctrina de la soberanía del estado la pretensión de *hipostasiar una unidad ficticia, haciendo de ella el sujeto real de una fuerza real;*[36] el antiguo profesor de Berlín llega a la siguiente conclusión:

> Si la soberanía es realmente el poder supremo en el estado, y en verdad lo es siempre que la constitución no hace una división o delimitación absoluta del poder, entonces, el ordenamiento jurídico comprende únicamente el contenido de la ejecución y nunca el contenido de la sustancia misma del poder. La pregunta respecto de quien decide de los casos no considerados en el ordenamiento jurídico, es la verdadera pregunta acerca de la soberanía.[37] Soberano es aquel que decide sobre el estado de emergencia.[38]

La crítica de Carlos Schmitt a la doctrina de la soberanía ha puesto de relieve, con la mayor claridad, las profundas raíces de la incapacidad jurídica de que está afectada dicha doctrina. el profesor de la Universidad de Berlín, en sus desarrollos críticos, opone su concepción decisionista a la doctrina que cree en la fuerza racional de la ley. Desde este punto de vista, su crítica es, sin género alguno de duda, concluyente y, en muchos aspectos, nos ha servido de modelo. Pero su concepción de la soberanía, aún cuando hiciéramos a un lado su insuficiencia en el campo del derecho internacional, es contradictoria e insostenible. Su fondo político aparece nítidamente del párrafo siguiente:

[35] *Diktatur* (*La dictadura*), pp. 10 y s.
[36] *Obra citada,* p. 27, A. 2.
[37] *Diktatur* (*La dictadura*), p. 194.
[38] *Politische Theologie* (*Teología política*), p. 9. Carl Schmitt tiene un precursor muy interesante y es Anton Menger (*Neue Staatslehre* [*Nueva teoría del estado*], pp. 166 y s.). Menger encuentra la doctrina de la soberanía del estado, desde el punto de vista interno, *completamente insuficiente;* en realidad, es soberano aquel que en el estado, "en caso de necesidad, puede, aun en contra del derecho, imponer su voluntad"; el príncipe lo es si, en caso de necesidad, puede dar un golpe de estado. En todos los tiempos, la condición de la relación de poder, *en caso extremo,* ha tenido una significación decisiva.

> El estado, quebrantado por la lucha de clases y de estamentos, se encuentra, de acuerdo con la constitución, en una condición de emergencia permanente y su derecho, hasta en sus últimos elementos, en derecho de emergencia. Por tanto, quien domine el estado de emergencia, domina también al estado.[39]

El jurista y el sociólogo no pueden rechazar la necesidad de distinguir entre estado de emergencia y situación de normalidad regulada por el derecho; en consecuencia, uno y otro tienen que preguntarse a quién corresponde el dominio, dentro del estado de derecho en que vivimos, del estado de emergencia, esto es, a qué unidad de voluntad, no ficticia, corresponde el poder supremo del estado. ¿Tal vez al presidente de la república, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución de Weimar?[40] No obstante que esta pregunta se encuentra involucrada en las conclusiones de las enseñanzas de Schmitt, nuestro autor no ha dado todavía una respuesta satisfactoria.

En un ensayo posterior,[41] Schmitt ha hecho notar, al interpretar el citado artículo 48 de la constitución de Weimar y al hacer la crítica de las ideas de Anschütz, que en cada estado debe existir una instancia que sin excepción alguna y con poder soberano, pueda adoptar las medidas que impliquen la ejecución de actos que estén más allá del orden jurídico vigente o que obliguen a su ruptura; sin embargo, Schmitt prefirió reservarse la respuesta a la difícil pregunta acerca de a quién corresponde ejecutar estos actos de soberanía, de conformidad con la Constitución de Weimar. Nos parece, según su definición de la soberanía, que únicamente se le ofrecían dos posibilidades: atribuirla al presidente de la república o a una unidad ficticia. En el primero de los supuestos, que es la solución que manifiestamente acepta Schmitt, se colocó nuestro autor en contradicción con la diferenciación, tan bien lograda, que hizo entre dictadura comisoria y dictadura soberana: la primera debe suspender la constitución, *in concreto*, a fin de protegerla en su existencia concreta, en tanto la dictadura soberana ve en el ordenamiento jurídico la situación que pretende suprimir. Sin embargo, en alguna época, Schmitt[42] vio en el artículo 48 un caso claro de una dictadura

[39] *Diktatur* (*La dictadura*), p. 18.
[40] *Juristische Wochenschrift* (*Semanario Jurídico*), núm. 55, p. 2272.
[41] *Diktatur* (*La dictadura*), pp. 136 y s.
[42] El artículo 48 de la Constitución de Weimar, en la parte que más

comisoria y recomendó una atención particular al hecho de que "la atribución de poderes ilimitados al presidente en manera alguna debe significar la supresión de la totalidad del orden jurídico existente, ni la transmisión de la soberanía al presidente del Reich".[43] De conformidad con este nuevo pensamiento, el contenido positivo del artículo 48 de la Constitución de Weimar no otorga al presidente de la república un poder supremo, ni implica tampoco una atribución ilimitada de poder; dicho precepto contiene, por una parte, un mínimo de organización jurídica intocable y, por otra, una limitación a las atribuciones posibles del presidente, ya que éste no podrá, en ningún caso, ejecutar actos contrarios a la legislación y a la jurisdicción.[44] Schmitt ha hecho notar, en este capítulo, que el presidente del Reich no es autónomo y que, al decidir sobre el estado de emergencia, lo hace bajo el control que el artículo 50 de la constitución de Weimar otorga al Reichstag.[45] En consecuencia, la posición de Schmitt resulta contradictoria, pues no puede sostenerse, al mismo tiempo, que la dictadura del presidente sea del tipo comisorio[46] y que dicho funcionario sea, precisamente, la instancia a la que compete dictar actos soberanos. Por otra parte, si consideramos ahora la reglamentación del estado de emergencia en el derecho angloamericano, tendremos que convenir, tomando en consideración el concepto que ofrece Schmitt de la soberanía, que cada jefe militar o juez al que corresponda conceder o negar un *writ of habeas corpus*, es soberano. Tampoco puede pensar Schmitt, cuando habla de "las medidas en casos extremos", en el estado de necesidad o en el llamado derecho del estado de necesidad, pues éste, según la definición excelente propuesta por el autor de la *Teoría de la Constitución*, consiste

directamente interesa, decía: "El Presidente del Reich, cuando la seguridad y el orden públicos sean perturbados o se vean en peligro, puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y orden públicos, en caso necesario, con ayuda del ejército."

[43] *Diktatur* (*La dictadura*), pp. 201 y s.

[44] Consúltese Schmitt: *Die Diktatur des Reichspresidenten* [*La dictadura del presidente del estado*] (*Veröffentlichung der deutschen Staatsrechtslehrer* [*Publicación de la Unión de Profesores Alemanes de Derecho Público*], *Cuaderno* II, pp. 91 y ss.) y Schmitt: *Diktatur* (*La dictadura*), pp. 201 y s.

[45] El artículo 50 de la Constitución de Weimar consignaba el refrendo ministerial, mismo que en el sistema parlamentario, permite el control del Parlamento.

[46] Schmitt: *Die Diktatur des Reichspresidenten* (*La dictadura del presidente del estado*), p. 89.

en que, "a fin de salvar al estado, cualquier órgano que tenga poder para actuar, debe obrar, en casos extremos e imprevistos, más allá o en contra de las disposiciones constitucionales, ejecutando todo aquello que demanden las circunstancias";[47] la explicación no resuelve el problema, pues lo que Schmitt trata de contestar es la pregunta relativa al titular de la soberanía, esto es, al sujeto a quien corresponde resolver en los casos de conflicto.

La definición de soberanía de Schmitt es, además, insostenible desde el punto de vista de su teología política: en conexión con Donoso Cortés, el maestro de Berlín enseña que para la jurisprudencia, el estado de emergencia tiene el mismo significado que el milagro para la teología.[48] Quien acepte seriamente esta analogía y la definición de soberanía de Schmitt, ¿no debería identificar la creencia en dios con la creencia en un hechicero o en un curandero? Pero dios no dispone sólo milagros, ni siquiera los realiza de manera preponderante, sino que, compárense las ideas de Schleiermacher,[49] actúa más bien sobre la totalidad del orden de la naturaleza, el cual, por lo demás, es tan milagroso como lo sería su rompimiento. Indebidamente se apoya Schmitt en Bodino al intentar determinar la relación entre soberanía y estado de necesidad; el autor de *Los seis libros de la República*,[50] a diferencia del escritor alemán, ve en la legislación la marca esencial de la soberanía. A este respecto, es característica la opinión de uno de los interlocutores del *Heptaplomeres*, Curtius, cuya manera de pensar coincidía con la del hugonote Bodino. El dialoguista Curtius, partidario de un cristianismo reformado, creía que el estado debía organizarse en armonía con el orden del universo creado por dios: "Así como en un estado bien organizado hay ciertas leyes permanentes de la majestad y de la república, las cuales, no obstante, llegan a modificarse según las distintas condiciones del tiempo y de las cosas, de la misma

[47] Schmitt: *Die Diktatur des Reichspresidenten* (*La dictadura del presidente del estado*). Consúltese lo que decimos en la p. 207.

[48] *Diktatur* (*La dictadura*), p. 139. *Politische Theologie* (*Teología Política*), p. 37.

[49] Schleiermacher: *Der christüche Glaube* (*La creencia cristiana*), 1830, t. I, núm. 47: "De la naturaleza de la piedad no puede derivar nunca la necesidad de concebir una circunstancia en forma tal que, por su dependencia de dios, pueda, sin más, ser desprendida de su relación con la naturaleza." En las páginas siguientes, hace Schleiermacher interesantes consideraciones sobre el milagro.

[50] Consúltese lo que decimos en la p. 9.

manera, es conforme con la razón que el dios previsor, padre de la naturaleza, haya santificado ciertas leyes, dándoles el carácter de permanentes e inviolables."[51] Ciertamente, Bodino acepta que las leyes deben reformarse periódicamente, así como también que, en determinadas circunstancias, las autoridades ordinarias deben ser sustituidas por dictadores especiales,[52] pero agrega: soberano es y permanece únicamente como tal la *perpetua potestas*; ahora bien, como esta cualidad, perpetuidad de la potestad, falta a los dictadores, Bodino, con gran insistencia y numerosos ejemplos, en un pasaje de *Los seis libros de la República*, transcrito extensamente por Schmitt, les niega la categoría soberana.[53] Para concluir, recordemos la importante circunstancia de que Bodino, no obstante que en forma asombrosa para su época creía en milagros, demonios y brujas, pone en labios de otro de los interlocutores del *Heptaplomeres*, Octavio, la siguiente pregunta: "¿Si los milagros hacen dioses, que tiene de particular que los hechiceros se sientan dioses?"[54]

Después de todo lo expuesto, estamos en aptitud de afirmar que al decisionismo de Carlos Schmitt se le debe reconocer el mérito de haber considerado, con razones excelentes y en oposición a la doctrina imperante en nuestros días, que el problema de la soberanía es el problema de la decisión mediante una individualidad de voluntad. Pero Schmitt, que en términos generales ve en el estado una dictadura de la voluntad, no ha podido, como tampoco lo logró Kelsen en su defensa del estado de derecho liberal racionalista, descubrir una unidad de voluntad como sujeto de la soberanía: la teoría pura de la soberanía del derecho del jefe de la Escuela vienesa no puede captar el significado esencial de la decisión individual para el derecho positivo; en tanto la doctrina de la soberanía del órgano desconoce el papel decisivo que corresponde a las normas jurídicas fundamentales sobre la individualidad de voluntad soberana.

---

[51] *Heptaplomeres*, pp. 29 y s.

[52] *Obra citada*, p. 30.

[53] Schmitt: *Diktatur* (*La dictadura*), p. 26.

[54] *Heptaplomeres*, p. 88. Consúltese la consideración que, en la misma obra, hace Salomón sobre el milagro, p. 98.

II

SOBERANÍA DEL ESTADO Y SOBERANÍA DEL PUEBLO

La impotencia de la doctrina alemana para encontrar un sujeto adecuado de la soberanía y la vaciedad de su concepto del estado, se deben, por lo menos parcialmente, a una serie de condiciones históricas y políticas. En una época en la que los fundamentos del pensamiento político eran la legitimación democrático-nacionalista y la explicación inmanente del estado, el constitucionalismo monárquico obligó a la doctrina a convertirse en una teoría del principio monárquico y a fijar en el príncipe la totalidad del poder estatal.[1] Por esta razón, el concepto alemán de la soberanía del estado fue una tergiversación del verdadero problema, que no es otro que el antiguo debate entre los partidarios de la soberanía del pueblo y los defensores de la soberanía del príncipe.

La Restauración francesa intentó justificar la monarquía en contra de las tendencias democráticas del derecho natural y del origen contractual del estado reafirmando la tesis de que el monarca era el sujeto de la totalidad del poder estatal, por la gracia de dios. Es suficientemente conocido el hecho de que la doctrina contenida en la Carta de Luis XVIII se reprodujo en el artículo 57 del Tratado de Viena y que de ahí la tomó la mayoría de los legisladores alemanes, consignándola expresamente en las constituciones de los distintos países; pero aún aquellas, como la Constitución de Prusia, que no mencionaron expresamente la fórmula del último rey borbón, sin embargo, en su teoría y en su práctica tuvieron, como fundamento el principio monárquico. Es igualmente sabido que Julio Federico Stahl es el expositor filosófico de dicho principio tanto para Prusia, como para los demás estados alemanes.

Desde esa época, el pensamiento teórico alemán sobre el estado se mueve dentro de una gama de contradicciones. El in-

[1] Erich Kaufmann: *Staatslehre des monarchischen Prinzips* (*La teoría del estado del principio monárquico*). Del mismo autor: *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt* (*Poder exterior y poder colonial*), pp. 79 y s. y 88 y s. Consúltese mi libro: *Hegel und der nationale Staatsgedanke* (*Hegel y el pensamiento del estado nacional*), pp. 110 y ss.

tento democrático-liberal de 1848 fracasó estrepitosamente, abriéndose así el camino para que se impusiera el principio monárquico de la organización estatal, que perduró hasta el año de mil novecientos dieciocho. El pensamiento democrático, cuyas categorías no coinciden con dicho principio, se vio no obstante obligado a trabajar y a conformarse con él. Un ejemplo de esta necesidad se encuentra nada menos que en Hegel, fundador de la soberanía del estado. El autor de *Las lecciones sobre la filosofía de la historia universal,* recorriendo caminos sinuosos, procuró unir la doctrina de la soberanía del pueblo con el derecho originario del monarca. Hegel afirma, primeramente, que no tiene nada que objetar a la idea misma de la soberanía del pueblo, en cuanto expresa que "un pueblo, particularmente en sus relaciones con otras naciones, es independiente y hacedor de su propio estado". Tampoco tiene nada que objetar en cuanto se expresa, con el citado principio, que "la soberanía interna reside en el pueblo, especialmente si se habla de éste como de un todo". Pero, por otra parte, encuentra que la concepción inmanente del estado parece excluir el principio monárquico absoluto. Hegel cree, no obstante, que la reconciliación es posible, a cuyo efecto formula las consideraciones siguientes:

> *La soberanía del pueblo no debe concebirse como algo contradictorio con la soberanía que reside en el monarca;* la contradicción que frecuentemente se ha creído encontrar deriva de un equívoco, de una idea errónea de lo que es el pueblo; en efecto, *el pueblo, sin su monarca, sería una masa informe y no constituiría un estado.*

El profesor de la Universidad de Berlín rechaza enérgicamente la posibilidad de que la idea de la soberanía del pueblo permita concebir una república o una democracia sin un monarca; el filósofo cúspide del idealismo alemán del siglo XIX tampoco puede admitir que se pretenda oponer a su idea de la monarquía constitucional, una concepción tan poco elaborada como es la de una democracia sin monarca:

> En un pueblo que no es concebido como estirpe patriarcal, ni en la condición de falta de madurez, en la cual son posibles las formas de la democracia y de la aristocracia, ni, de otro modo, en una situación arbitraria e inorgánica, sino que es imaginado como totalidad desenvuelta en sí, verdaderamente orgánica, la soberanía existe como la personalidad de la totalidad y esta personalidad en la realidad adecuada al propio concepto existe como persona en el monarca.

Hegel creyó, según se deduce de las frases transcritas, que con la idea de la soberanía del estado se conseguía la reconciliación entre las ideas de la soberanía del pueblo y de la soberanía del monarca y que el concepto de la soberanía del príncipe "no era un concepto derivado, sino, pura y simplemente, el principio mismo de la soberanía".[2]

De la misma manera que Hegel, pero rechazando en forma absoluta la idea de la soberanía del pueblo, la doctrina más generalizada en Alemania atribuye la soberanía total del estado a la persona que ejerce el poder monárquico; así se desprende del concepto de constitución, propuesto por la doctrina: es una auto-limitación que voluntariamente se impone el monarca, quien, no obstante la auto-limitación, o mejor aún, precisamente por ser un acto autolimitativo, conserva la soberanía; en consecuencia, la constitución no debe ser considerada como si fuese una norma fundamental creada por el estado como totalidad.[3] Mientras subsistió en Alemania la monarquía, la mayoría de los teóricos y profesores hablaron del *titular del poder del estado,* habiendo sostenido, esencialmente, que el poder estatal correspondía al monarca por *derecho propio.* Pero aún aquella parte de la doctrina que renunció a la idea de un derecho propio del monarca, aceptó, sin embargo, que el titular del poder era un órgano representativo del estado como totalidad y que le pertenecían las más amplias atribuciones para el ejercicio del poder público.[4]

Algunos maestros del derecho público, como Jorge Jellinek, que rechazaron la idea del monarca como titular del poder del estado, se vieron no obstante obligados a reconocer, en principio, "una competencia del monarca sobre todas las cuestiones estatales", a declarar al emperador jefe de los empleados y a conceder,

[2] *Rechtsphilosophie* (*Filosofía del derecho*), núm. 279. De estas frases se desprende, sin duda alguna, que Hegel vio claramente el problema de las relaciones entre norma positiva e individualidad. Sin embargo, creyó que el *yo quiero* del estado de derecho únicamente podía estar representado por el monarca, titular de la soberanía.

[3] Consúltese la demostración que hace Kaufmann: *Staatslehre des monarchischen Prinzips* (*La teoría del estado del principio monárquico*).

[4] Meyer-Anschütz: *Deutsches Staatsrecht* (*Derecho público alemán*), pp. 19, 20 y 272. La polémica de Carl Schmitt contra Anschütz (*Juristische Wochenschrift* [*Semanario Jurídico*], núm. 55, p. 2272) es tanto más interesante cuanto que, según la definición que da Schmitt de la soberanía, ésta corresponde al titular del poder del estado como órgano supremo. Pero Schmitt no pudo invocar, como lo hizo Anschütz en su tiempo, el derecho positivo del estado.

especialmente, que los jueces eran representantes del monarca.[5] Para la doctrina corriente del estado, los órganos, detrás de los cuales no existía nada, eran el estado, pero no eran representantes de la unidad política del pueblo, sino de un punto colocado sobre él, a saber, el monarca.

La doctrina alemana tuvo que purgar la localización del estado en el gobierno, con el doloroso resultado de tener que aceptar un estado-ficción o un estado-abstracción. Este resultado se habría evitado si, a semejanza de la doctrina norteamericana del estado, hubiera podido identificar la soberanía del estado con la soberanía nacional o con la soberanía del pueblo. Sobre este particular, es interesante conocer la confesión que se creyó obligado a rendir Erich Kaufmann, consistente en que "la doctrina norteamericana del estado se nos ha adelantado en la distinción precisa entre *state* y *government*".[6] Sin duda, la identificación ingenua que hicieron los norteamericanos entre pueblo y estado derivó de una confusión teórica, pero a partir de los años en que desecharon la concepción iusnaturalista del contrato social,[7] gracias a la influencia del pensamiento europeo y, especialmente, de la doctrina alemana, disminuyó la importancia de aquella confusión, la cual, por lo demás, está superada en la actualidad por la mayoría de los tratadistas.[8] La doctrina norteamericana, en su *location of sovereignty in the body politic*, encontró un sujeto de la soberanía más adecuado del que postula la doctrina alemana, pues para ésta, según se desprende de los renglones anteriores, dicho sujeto es un *espectro del pensamiento*.

Los principios declarativos y justificativos del derecho nacen y se desarrollan, en cada época histórica, partiendo de una misma raíz. De ahí que, en nuestros días, los partidarios del principio monárquico o de la idea de la dictadura no se atrevan a presentar una legitimación y explicación de la soberanía del estado

[5] *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (*Sistema de los derechos públicos subjetivos*), p. 158, nota 3.

[6] *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt* (*Poder exterior y poder colonial*), p. 192.

[7] Merriam: *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*, pp. 178 y 179 y s.

[8] Consúltese Burgess: *Political Science and Constitutional Law*, tomo I, pp. 57 y s. y 174 y s. W. W. Willoughby: *The Nature of the State*, edición de 1922, pp. 290 y ss. Del mismo autor: *The Fundamental Concepts of Public Law*, edición de 1924, p. 99. J. B. Scott: *Sovereign States and Suits before Arbitral Tribunals and Courts of Justice*, p. 7.

en contradicción con la teoría de la voluntad orgánica del pueblo. La razón histórica de la crisis de la doctrina alemana del estado no es otra sino la contradicción en que se encontraron las fuerzas teóricas del pensamiento de la época y la forma del estado que imperaba en esos años. El espíritu de la época pugnaba por una sistematización del estado en armonía con sus fuerzas internas, en tanto las realidades políticas obligaron a tomar como base un punto colocado por encima del estado y, consecuentemente, a una edificación de arriba hacia abajo.

Más profunda aún que la crisis de la historia constitucional alemana es la crisis de los conceptos de soberanía y de estado, cuyas raíces se encuentran en las concepciones del estado-ficción y del estado-abstracción; esta crisis, a su vez, es el resultado a que condujo la condición general de la historia de las ideas. Si se analizan las varias ocasiones en que el principio monárquico fue rechazado y en las que el pensamiento adquirió un matiz democrático-liberal, se podrá comprobar que las raíces profundas del segundo aspecto de la crisis radican en la concepción racionalista del estado de derecho, que ha desnaturalizado totalmente los conceptos de estado, pueblo, representación y soberanía. ¡Es en verdad asombroso comprobar que nuestros demócratas contemporáneos podrían aprender la idea de la democracia en las obras de Bodino, de Hobbes y aún del mismo Hegel!

Si la doctrina de la soberanía del estado tiene que dejar de ser una tergiversación del verdadero problema —tergiversación que es, precisamente, su condición actual— y si la teoría del poder soberano del estado ha de adquirir un significado, entonces, es indispensable determinar quién es el sujeto del poder soberano. Criticando nuestra afirmación, Jorge Jellinek escribió que "la cuestión relativa al poder soberano del estado se enlaza una y otra vez con la pregunta sobre el titular del poder".[9] Esta fórmula del profesor de Heidelberg es el camino que siguió Kelsen: tenemos un poder estatal soberano, pero no necesitamos preguntarnos quién es su sujeto; tal es el pensamiento del maestro vienés. Pero si este razonamiento fuera correcto, lo consecuente sería hacer desaparecer a ese estado-abstracción, que aparece dotado del más alto poder soberano.

Conviene aclarar en esta parte de nuestra exposición el ver-

[9] *Staatslehre* (*Teoría del estado*), p. 457.

dadero sentido de la doctrina de la soberanía del estado, que, histórica y sistemáticamente, no es otro que haber constituido una antítesis a la concepción autocrática de la soberanía del príncipe. Cuando se afirma que el estado es soberano, se quiere decir que el más alto poder decisorio corresponde al estado como corporación y en manera alguna a un sujeto individual. De conformidad con estas ideas, el estado es concebido como una unidad de voluntad, resultante de una pluralidad de voluntades, no subordinada a ninguna otra unidad política decisoria superior.

Por otra parte, siempre que se habla de la soberanía del estado se vincula a este concepto, en alguna forma, la idea de la soberanía del pueblo. Alrededor de estas cuestiones conviene relevar que los conceptos de soberanía del estado y soberanía del pueblo tienen un contenido sociológico o ético-social y en manera alguna jurídico. La circunstancia de que el poder de la comunidad estatal radique en el pueblo, es una cuestión que supieron con toda precisión la sociología iusnaturalista, la doctrina de la *majestas realis* de Arumaeus y Limnaeus [10] y Tomás Hobbes. [11] La tesis de que el príncipe es *le premier serviteur et le premier magistrat de l'état* [12] fue pensada por Federico el Grande como un concepto ético-político y en manera alguna como una idea jurídica. Para los escritores y gobernantes mencionados, el estado se fundaba en los actos de voluntad de los representados, los que, a su vez, ponían su fuerza unitaria a disposición de los representantes. Dentro de esta relación, no hay lugar para la distinción entre la soberanía del pueblo y la del príncipe, entre democracia y autocracia.

Pero mientras que en el estado autocrático existe únicamente una vinculación ético-social entre el príncipe o los gobernantes y los gobernados, en un estado que afirma la soberanía del pueblo, la vinculación es de naturaleza jurídica, por lo que, dentro de él, la

[10] Consúltese Stintzing: *Geschichte der Rechtswissenschaft* (*Historia de la ciencia del derecho*), tomo II, pp. 40 y ss. Gierke: *Althusius* (*Althusio*), pp. 164 y ss. y 6, nota 9.

[11] Hobbes: *De Cive* (*Del ciudadano*), edición de Amsterdam de 1647, p. 7, pero en la página 128 deduce, tanto la monarquía como la aristocracia, del poder del pueblo. Y en la p. 200, se lee: "*Populus in omni civitate regnant; nam et in Monarchis populus imperat*" (*El pueblo reina en toda comunidad; pues aún en las monarquías el pueblo impera*).

[12] Federico el Grande: *Oeuvres*, tomo I, p. 123. Respecto de la substancia del pensamiento sobre la soberanía del estado, Rehm: *Staatslehre* (*Teoría del estado*), pp. 152 y s.

soberanía del estado y la soberanía del pueblo adquieren el rango de un concepto preciso e indispensable.

¿En qué medida puede presentarse al pueblo como el sujeto adecuado de la soberanía? Esta representación constituye una *imposibilidad lógica* para el liberalismo. Para esta doctrina, *el pueblo es la suma conceptual de los individuos aislados.*[13] Hobbes es quien mejor lo supo expresar con una gran precisión jurídica cuando escribió:

> Per populum vel multitudinem quoties ipsam aliquid velle, imperare, vel facere dicimus, intelligitur civitas, quae imperat, vult et agit per voluntatem unius hominis, vel per voluntates plurium hominum consentaneas: quod nisi in conventu fieri nequit. Quoties autem a multitudine hominum sive magna, sive parva, aliquid fieri dicitur sine voluntate illius hominis vel conventus, id factum esse a populo subdito, id est, a multis simul civibus singularibus, neque ex una voluntate, sed ex pluribus provenire plurium hominum, qui cives sunt et subditi, civitas non sunt (Cuantas veces se dice que el pueblo o la multitud quiere algo, lo ordena o lo hace, se entiende con esta expresión al estado, el cual, mediante la voluntad de un solo hombre o mediante la voluntad coincidente de muchos hombres, lo que sólo puede ocurrir en una asamblea, ordena, quiere, o actúa. Pero cuando se dice de una multitud de hombres, sea grande o pequeña, que hace algo sin la voluntad de aquel hombre o de aquella asamblea, esto se aplica al pueblo como súbdito, quiere decir, como hecho por muchos ciudadanos y por tanto, como hecho no por una voluntad sino por muchas voluntades de muchos hombres, que son ciudadanos y súbditos, pero que no son el estado).[14]

Por lo que se refiere a la manera como se constituye la representación en un estado, Hobbes agrega:

> Nisi unus quisque voluntatem suam, alterius unius, nimirum unius hominis vel unius concilii voluntati ita subjiciat, ut pro voluntate omnium et singulorum, habendum sit (A no ser que cada particular de tal manera subordine su voluntad a la voluntad de otra persona única, ya sea un hombre o una asamblea, de tal modo, que ello deba ser considerado como la voluntad de todos y cada uno).[15]

A esta representación se añaden dos circunstancias en la democracia: *Quarum una (nempe condictio perpetua conventuum)* Δημος, *altera (quae est pluralitas suffragiorum)* Τό κράτειν *sive*

[13] R. Schmidt: *Staatslehre* (*Teoría del estado*), tomo I, p. 233.
[14] *Obra citada*, 6, I, 92.
[15] *Obra citada*, 5, 6, 84.

potestatem constituit (Una de las cuales, a saber, la convocación permanente de las asambleas, constituye el *pueblo* y la otra, la mayoría de los votos, el *poder*.[16]

La unificación de las voluntades se alcanza mediante el principio mayoritario y la idea de la representación y estos dos elementos, a su vez, constituyen los medios técnicos a través de los cuales el pueblo, como unidad, domina al pueblo como pluralidad e integran, al mismo tiempo, el procedimiento que permite hacer del pueblo el sujeto de la soberanía. Pero el presupuesto indispensable de los dos postulados es la existencia real de una *volonté générale*; solamente ella puede inducir a la minoría a subordinarse a los representantes designados por la mayoría.

La diferencia jurídica entre una autocracia aristocrática o monárquica y una democracia, se funda en la distinta posición en que están colocados los representantes: en la autocracia, existe una representación soberana, sin obligaciones jurídicas hacia los representados; en cambio, el estado que se apoya en la idea de la soberanía del pueblo se construye, exclusivamente y sin excepción alguna, con una representación magisterial jurídica, sujeta a una pluralidad de obligaciones.

A pesar de tantas confusiones y desviaciones en torno a la idea de la voluntad del pueblo, la concepción democrática de una representación de la *volonté générale* por funcionarios jurídicamente dependientes, corresponde a una posición política del poder, productora de importantes consecuencias. Es en verdad doloroso observar que nuestros constitucionalistas nada saben de la frase: *el poder del estado proviene del pueblo*. Nadie se ha preocupado de la circunstancia de que la parte primera y fundamental de la Constitución de Weimar y, particularmente, la posición del presidente del Reich, la del Reichstag, la del gabinete, etcétera, únicamente puede entenderse partiendo de la frase citada y de la idea de una representación magisterial, así como tampoco de que el sistema de la subordinación total de los funcionarios a la constitución, que deriva de su elección, del refrendo, del parlamentarismo, del referendum y de la iniciativa, tenga como propósito único asegurar jurídicamente que el poder del estado parte del pueblo.

Sin género alguno de duda, el representante democrático posee

[16] *Obra citada,* 7, 5, 125.

un poder de decisión propio, consecuencia necesaria del concepto mismo de representación; pero, en oposición con el representante soberano, el democrático tiene que ejercer su representación, no sólo dentro del marco de la constitución, sino, además, de conformidad con la interpretación constitucional que formule la *volonté générale*. Se ha hecho, sin embargo, notar que no existe un conocimiento objetivo exacto del contenido eventual de la *volonté générale*, de lo que se deduce que la afirmación de que vivimos bajo el imperio de las normas y no bajo el dominio de los hombres, sea notoriamente infantil. Justamente porque cada persona posee una formación político-social diferente de la de los demás ciudadanos, el contenido de la constitución es interpretado en formas diversas y aun antagónicas. La limitación de este subjetivismo se encuentra, no obstante, en la *volonté générale*: el jurista piensa en ella cuando habla, en sentido normativo, del espíritu de la constitución, de la voluntad del estado o de la voluntad del legislador. Es indudable que todas las constituciones modernas subordinan los representantes magisteriales a la *volonté générale*, proposición que se desprende, con la mayor claridad y precisión, de la fórmula: *Los diputados son representantes de la totalidad del pueblo*. Por esta misma razón, cuando la doctrina corriente concibe a la representación como un órgano del estado y afirma que detrás de los órganos estatales está la nada, se destruye a sí misma, pues se convierte en una doctrina sin contenido, ya que no puede representarse a la nada; para esta doctrina, la frase que citamos, "los diputados son representantes de la totalidad del pueblo", de la misma manera que otras muchas frases de la constitución, es sólo una frase política, sin contenido jurídico alguno; pero en contra de esta concepción debe decirse que los diputados, como representantes magisteriales del pueblo, son una institución jurídica plena de contenido, tanto teórico como práctico. Unicamente así, la frase: *los diputados están sometidos exclusivamente a su conciencia*, adquiere un significado político y jurídico, que desborda los límites de la moral privada; a este respecto conviene recordar una distinción: en el campo de la moral, la conciencia puede subordinarse a una enseñanza puramente ética, como el Sermón de la Montaña, pero una obligación jurídica que se redujera a expresar el deber de la conciencia de subordinarse a una doctrina moral cualquiera, carecería de sentido y eficacia. Si el término, *conciencia*,

ha de tener una significación jurídica en la frase transcrita, deberá referirse a un concepto ético-político concreto, esto es, a una medida objetiva, que no puede ser otra sino la voluntad del pueblo.

De lo expuesto se deduce que el ejercicio de la representación magisterial, lo mismo en el sistema parlamentario que en cualquiera otro, debe concebirse, en su duración y aun en sus decisiones independientes, como una institución subordinada al pueblo. En la democracia contemporánea, la subordinación jurídica de los representantes ha alcanzado un grado altísimo, que nos obliga a hablar de la supremacía del pueblo como unidad sobre el pueblo como pluralidad. De esta manera, queda excluida cualquier forma de soberanía de los órganos estatales y, al mismo tiempo, quedan identificadas la soberanía del pueblo y la soberanía del estado.

Resumiendo: tanto en el estado democrático como en el monárquico, únicamente podemos alcanzar un sujeto adecuado y utilizable de la soberanía y un concepto correcto del estado, si concebimos a la *volonté générale* como algo real y presente, unificada en un instancia representativa; sólo otorgando a la *volonté générale* las dos características de *realidad* y *presencia*, puede entenderse la naturaleza representativa de una instancia y de los representantes.

III

REALIDAD DE LA UNIDAD Y DE LA VOLUNTAD ESTATALES

La crisis de nuestra doctrina del estado y del dogma de la soberanía es, en última instancia, una de las expresiones de la crisis total de la historia del pensamiento. La causa de que la doctrina contemporánea no pueda, sin incurrir en contradicciones, estructurar al estado, cualquiera sea su forma, monárquica o democrática, no es, ni más ni menos, que la condición general que guardan la filosofía y la teoría del conocimiento. Ningún camino conduce del individualismo dogmático, doctrina que en el mejor de los supuestos concibe al individuo como una realidad, al rea-

lismo social; de ahí que la doctrina contemporánea no sepa qué hacer con el principio de la soberanía del pueblo o con la idea de la voluntad corporativa de Otto von Gierke. Este individualismo dogmático no puede ni concebir ni entender la realidad estatal, pues, encerrado dentro de su propia filosofía, no puede abandonar la idea de un estado que solamente existe y tiene realidad en sus órganos; las bases en que se sustenta la doctrina contemporánea del estado no le permiten destruir las objeciones de Jorge Jellinek y de Hans Kelsen: los dos conocidos maestros, después de criticar todas las formas del sincretismo metódico, rechazan toda relación entre la voluntad empírico-psicológica y el orden normativo, así como también la que puede darse entre la voluntad del pueblo y los mandamientos positivos del estado. No obstante que ya hemos puesto de relieve que Kelsen, para no hablar de otros pensadores, no puede, sin esta voluntad empírica, explicar el concepto de *autoridad constituida*, necesitamos explicar en qué sentido concebimos a la voluntad y al estado, como algo a la vez real y normativo.

El problema de estado y derecho, como cuestión general y el problema de la soberanía, como asunto particular, se reducen al problema de la unión entre voluntad y norma, entre ser y deber ser. Para la metafísica racionalista de nuestra ciencia del derecho, cuyo más alto representante es Jellinek, si bien Kelsen es el más consecuente, la unión entre voluntad y norma, ser y deber ser, conduce a un absurdo. El punto de partida de los dos juristas es la oposición contradictoria entre naturaleza y espíritu, voluntad y norma; los dos pensadores participan de un idealismo que postula una división radical e insuperable del *todo* y, consecuentemente, no pueden encontrar el camino que conduce de la tesis y de la antítesis a la síntesis. Sin duda, la oposición metódica de los conceptos, mundo de la naturaleza ciego a los valores y mundo del espíritu pleno de valores, está relativamente justificada, pero debemos tener presente que se trata de la división dialéctica de una unidad. Un idealismo que en un punto cualquiera de su concepción disuelve la oposición que nos presenta en beneficio del espíritu, no es mejor, ni en el terreno del conocimiento teórico, ni en el campo de la ética, que un materialismo que obra en sentido inverso. Solamente en la polaridad de los contrarios se crea la tensión que la experiencia religiosa siente como inquietud hacia dios. *Gratia naturam non tollit sed perficit*

(La gracia no contradice la naturaleza, sino que la corrobora). En el conocimiento del mundo histórico y social y, consecuentemente, también en la ciencia del derecho, la oposición infranqueable entre naturaleza y espíritu concluye en un dualismo que desgarra el mundo en dos pedazos: allá, el espíritu puro y el deber ser ideal; aquí, el torbellino de la realidad causal del ser, que existe no obstante que para nosotros es nada, quiere decir, existe como un algo carente de sentido y ausente de responsabilidad, una realidad que no conoce ninguna responsabilidad sociológica y dentro de la cual no es posible imaginar un estado como unidad social.

Podemos comprender fácilmente que la doctrina del estado del siglo XIX trabajara en su época dentro de esta forma del pensamiento. Pero la psicología y la sociología han recorrido nuevos caminos: en el reino de la filosofía encontramos investigadores de las más diversas escuelas, Husserl, Rickert, Simmel y los discípulos de Dilthey, Spranger, Litt y Freyer, que coinciden en la existencia de una esfera de los valores y de los significados, cuya misión consiste en la superación de aquella dualidad abismática. No es disculpable que un investigador jurídico adopte como base de sus investigaciones una psicología y una sociología puramente naturalistas, incompatibles con los resultados obtenidos por la ciencia contemporánea; y menos aún podemos entender que nunca se pregunte si el mundo del derecho no podría encontrar un lugar adecuado en la esfera de los valores.

Ciertamente, un concepto psicológico de la voluntad, tomado de la ciencia de la naturaleza y, consecuentemente, falto del sentido de lo valioso, lo mismo en las relaciones sociológicas que en las jurídicas, tiene que conducir a un mundo ajeno al valor y, por tanto, extraño también a toda idea de responsabilidad. Pero el camino seguido por Kelsen para corregir el error concluye en una nueva equivocación, pues el profesor vienés, en lugar de corregir y superar el concepto naturalista de la voluntad, se limita a eliminarlo y a trabajar con un paralelismo místico equivocado entre ser y deber ser, que es asimismo ajeno al valor, pero que lo es, justamente, porque no conoce la voluntad. La relación entre voluntad y norma y entre estado y derecho, sólo puede entenderse, si se reconoce firmemente que ni la sociología ni la ciencia del derecho se interesan por la voluntad como un proceso psíquico, esto es, como pura inervación; para las

ciencias de la sociedad humana, únicamente tiene interés la voluntad dotada de sentido social, la conducta que posee un sentido de orientación, la conducta que ostenta un significado determinado, quiere decir, la voluntad plena de sentido.[1] Las ciencias de la sociedad humana no se ocupan de aquellas formas de la conducta a través de las cuales una persona se exterioriza ella misma, quiere decir, de aquellas formas de la conducta en las que una persona cumple un simple proceso espiritual subjetivo; las ciencias de la sociedad humana se ocupan de los procesos y manifestaciones que se dan en la realidad causal, pero que poseen, al mismo tiempo, un significado objetivo, un sentido intersubjetivo, una indicación hacia algo objetivo y cuyo contenido puede separarse de los procesos puramente subjetivos. En cada ademán, como aquel que invita a sentarse, va incluido un algo extra-psíquico e ideal; para emplear las palabras que Simmel usó alguna vez: "en ese ademán se expresa el sentido de la idea". Esta conducta, plena de sentido, se articula, sin género alguno de duda, en el mundo de la naturaleza, pero, en el mismo acto en que se realiza, al ser entendido el ademán, se eleva sobre el reino de la causalidad, produciendo, a la vez que la superación del aislamiento del yo mediante una unidad de sentido, el primer presupuesto de la sociedad humana. La justificación de la oposición entre norma objetiva y realidad psicofísica y la posibilidad de la fundamentación de la ciencia del derecho, derivan de la circunstancia de que la intención psicofísica puesta en el ademán adquiere una existencia relativamente objetiva, que puede ser aprehendida en sí misma, haciendo a un lado la realidad psico-física que la sustenta. El trabajo del jurista consiste, precisamente, en aprehender, al través de la contemplación de las conductas relevantes para el orden social, aquellas que, por su contenido valioso o significativo, valen como derecho y, posteriormente, interpretarlas y sistematizarlas. La ciencia del derecho llega a un callejón sin salida cuando otorga valor absoluto al método que separa radicalmente los términos acción e intención, naturaleza y espíritu, forma y contenido, acto de voluntad y norma, pues, así como es cierto que el hombre no es un espectro separado del cuerpo, sino, al contrario, un

[1] Consúltese lo que dice Litt: *Individuum und Gemeinschaft* (*Individuo y comunidad*), especialmente las pp. 151 y ss.

ser sumergido en una realidad material, es igualmente verdadero que el ademán y la intención integran un todo material y espiritual, una unidad dialéctica de materia y espíritu, percibida por nosotros como *uno intuitu*. Pero si no se acepta la necesidad de que la intención se apoye en el ademán y si no se capta la estrecha relación que existe entre substancia y figura, entre contenido y forma, se llega, pasando sobre la verdadera ciencia, a la Teoría pura del derecho de Kelsen, en cuya doctrina, la objetividad ideal del derecho queda separada de la objetividad causal del mundo de la naturaleza al que pertenece el sujeto, separación que, a su vez, implica la destrucción del sujeto; al través de esta separación, Kelsen nos entrega el incomprensible paralelismo entre las objetividades ideal y causal, paralelismo qua ya no se enfrenta a ningún sujeto que pudiera perturbar su paz, una paz que no es otra, sino la que reina en el silencio de los cementerios. La consecuencia de este idealismo, con su desgarramiento del ser y el deber ser, del acto y de la intención, es el concepto puramente naturalista de la realidad, mismo que, infortunadamente, se ha impuesto en la ciencia del derecho. Es en verdad una graciosa socarronería de la razón, obligar a este idealismo a colocar el ademán, absolutamente desnudo, en la naturaleza, única real, y a poner la intención en el espíritu, obligándola a devenir irreal. La verdad es que el problema de la específica realidad social no es asequible para el dualismo a-dialéctico de naturaleza y espíritu.

Es imposible satisfacer los altos designios de la ciencia del derecho si la aherrojamos con los conceptos de la ciencia matemática.[2] Para cumplir con los imperativos de las disciplinas jurídicas, necesitamos comprender la peculiar vinculación que existe entre la realidad y el valor y entender al mundo histórico-social como un proceso dialéctico dentro de su unidad y realidad.[3] Atinadamenet hizo notar Wundt:

[2] En este sentido Kelsen, quien, continuando a su maestro Cohen, declara a la ciencia del derecho como la matemática de las ciencias del espíritu. Consúltese mi libro: *Krisis der Staatslehre* (*Crisis de la teoría del estado*), p. 303, nota 36.

[3] En los últimos tiempos, Hatschek: *Einleitung in das öffentliche Recht* (*Introducción al derecho público*), pp. 28 y ss., partiendo de la filosofía de los valores de Rickert, defiende este pensamiento, junto con presupuestos y consecuencias que se apartan de mis puntos de vista.

Los conceptos matemáticos derivan de las relaciones abstractas de las formas del entendimiento y conducen necesariamente a los elementos más simples de dichas formas. En cambio, la ciencia del derecho toma sus conceptos de las complejas relaciones del trato humano y de la relativa arbitrariedad de las acciones. De acuerdo con estas ideas y de conformidad con sus respectivas naturalezas, la matemática es la más simple de todas las ciencias, en tanto el derecho es la más compleja.[4]

Si aplicamos estas conclusiones al problema de las relaciones entre estado y derecho, creemos que puede llegarse a una síntesis de las doctrinas de Gierke y de Jellinek, haciendo a un lado la unilateralidad de cada una de ellas: la concepción a-histórica e individualista encuentra cerrado el camino que conduce del acto individual al edificio gigante del estado. Frente a esta postura, afirmamos, con la más íntima convicción, que la igualdad formal de las condiciones de la naturaleza humana se manifiesta en actividades uniformes y que, como correlatos plenos de sentido, independientemente de las peculiaridades individuales derivadas de la existencia misma del hombre y de su cultura, estas acciones uniformes se objetivizan en ciertos procesos espirituales comunes, como el lenguaje, el arte, etcétera. A estos procesos, llenos de sentido, que se forman al través del comercio entre los hombres y en la sucesión de las generaciones humanas, pertenecen las normaciones sociales, los usos, los convencionalismos sociales y el derecho. *El derecho no es, ni un simple sistema de acciones,*[5] *ni la representación que se forma la masa de los individuos de una normación,*[6] *sino normas objetivas, plenas de sentido, creadas, conservadas o derogadas por actos de la voluntad humana, intencionalmente dirigidas a la producción de efectos jurídicos.* Las instituciones y las normas jurídicas tienen su fundamento en la naturaleza ética del hombre, quedan modeladas por las condiciones de tiempo y lugar de cada círculo cultural y son el resultado de los actos de voluntad de la infinita cadena de las generaciones humanas. El acto concreto de formación de nuevo derecho se enfrenta a un mundo trascendente de normas —derecho ya vigente, lenguaje, etcétera—, elaborado en el decurso de los siglos;

[4] Wundt: *Logik* (*Lógica*), tomo II, p. 606.
[5] En este sentido M. E. Meyer: *Rechtsphilosophie* (*Filosofía del derecho*), p. 55.
[6] En este sentido, Beling: *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie* (*Ciencia del derecho y filosofía del derecho*), p. 17. En la p. 19 expresa una idea correcta.

ahí irrumpe el acto nuevo, sufriendo la influencia del mundo al que se enfrenta, pero contribuyendo a su evolución.[7] Este mundo de las formas, a pesar de su relativa objetividad frente al hombre individual y su generación, no obstante su permanencia y sus cambios determinados por la tradición y la revolución —siglos y siglos crean constantemente su forma—, es sin embargo sostenido y determinado, en todo momento, por actos individuales; o expresado en otras palabras, su validez depende, única y exclusivamente, de actos de voluntad referidos a normas jurídicas. De ahí que entendemos por derecho *un contenido de sentido expresado en una forma*: su actualidad radica en la realidad de las comunidades humanas, la que a su vez se injerta en la realidad causal. Damos los nombres de voluntad y poder del estado a la unidad de decisión y acción de los actos que realizan el orden jurídico; con el primero de estos términos designamos, en especial, a la función jurídica ordenadora, con el segundo queremos referirnos, particularmente, a la fuerza ordenadora. La comunidad estatal no es sólo, como generalmente se afirma, *una pluralidad de hombres, pero la unión y la unidad tampoco existen sólo para el pensamiento humano.*[8] Con la racionalización del obrar consciente de la comunidad hacia un fin concluye el aislamiento relativo del individuo, quien, en virtud de esa relación, ya no puede ser contemplado en su totalidad, sino sólo en sus funciones parciales, como miembro de una u otra comunidad. Normalmente, cada hombre participa en la vida de numerosas comunidades. *El estado,* según expresión de F. J. Stahl,[9] *es el orden jurídico actualizado,* pero abarca solamente una parte de la cooperación humana; desde este punto de vista, es idéntico a las restantes comunidades humanas, pero se distingue de ellas porque las acciones que pertenecen a su esfera de actividad constituyen la garantía de la colaboración total dentro de la comunidad a que se extienden.

Así como la psicología contemporánea concibe al hombre en

[7] Freyer: *Theorie des objektiven Geistes* (*Teoría del espíritu objetivo*), pp. 52 y ss.

[8] En este sentido, entre muchos autores, Wenzel: *Grundprobleme,* p. 145. Todos aquellos pensadores que hacen consistir al estado en *una agrupación de hombres,* han contribuido a la incomprensión del concepto de soberanía. Consúltese lo que decimos en la p. 199 y s.

[9] Stahl: *System der Rechtsphilosophie* (*Sistema de la filosofía del derecho*), edición de 1882, p. 313.

un devenir permanente y, no obstante, lo contempla en su estructura y a pesar de todos sus cambios, como una unidad que permanece idéntica en la multiplicidad de sus acciones y en los efectos de éstas, así también podemos decir, utilizando una frase de Ranán, que el estado es *un plébiscite de tous les jours*; pues el estado, de la misma manera que el *yo*, puede únicamente concebirse en la estructura relativa que permanece en el devenir de las acciones de una totalidad, en la inteligencia de que ésta, a su vez, se manifiesta, exclusivamente, en la actividad de las partes que la integran. Estas consideraciones ponen de relieve el error de la tesis, que va unida a la doctrina que postula la separación radical de la acción y la intención y que consiste en la afirmación de que "la existencia de una comunidad es independiente de la individualidad de los miembros que la componen";[10] pues, así como no existe el hombre sin la individualidad de sus actos, tampoco existe el estado individual sin aquellos actos individuales. Nunca se insistirá bastante en la falsedad de la doctrina que, por una parte, concibe al estado como un haz de acciones humanas y, por otra, lo reduce a un orden puramente ideal. De ahí que la fórmula, inspirada en Max Weber: "A la idea del estado debe corresponder, en la realidad empírica, una serie infinita de acciones y abstenciones humanas difusas, ligadas por una idea; y a las relaciones de poder de los hombres sobre los hombres, la creencia en normas realmente válidas o que deben valer",[11] sea, por lo menos, desafortunada. La idea, sin los actos que la realizan y la configuran, es tan irreal, como lo son, sin ella, los actos que determina.

Gierke objetó certeramente a la doctrina de Jellinek, según la cual, "existen dos especies de unidades, las unidades físicas y las unidades dirigidas a un fin", que una comunidad humana, de la misma manera que el hombre, es, a la vez, una unidad de acción social física y finalista.[12] Pero la afirmación del autor del *Derecho corporativo alemán* respecto a que la voluntad y el fin no pueden ser considerados, en un mismo plano, como elementos constitutivos del concepto de personalidad, es equivo-

[10] Wenzel: *Obra citada.*
[11] *Aufsatz zur Wissenschaftslehre* (*Ensayo sobre la teoría de la ciencia*), p. 200.
[12] Jellinek: *Gesetz und Verordnung* (*Ley y reglamento*), pp. 192 y s.

cada, pues Gierke concibe el poder de voluntad, único que de conformidad con su pensamiento constituye la esencia substancial del concepto de personalidad, en un sentido naturalista, como "la fuerza creadora de las acciones externas".[13] Aceptamos plenamente la teoría de la corporación, en cuanto postula la realidad de la voluntad de la comunidad; consecuentemente, rechazamos la doctrina opuesta, la tesis que declara que la fuerza inmedible de los estados imperialistas, de los que promovieron la Guerra Mundial, es una simple ficción, o una abstracción, o un sistema puro de normas ideales; esa tesis servirá para divertir a las generaciones futuras, pero no explicará la esencia de los estados combatientes; sería mejor preguntar por los elementos que mantienen en su posición de dominadores a los parlamentos, a los monarcas, a los presidentes y, de una manera general, a la jerarquía del orden estatal. En relación con este problema conviene decir que la doctrina del estado se ha ocupado en forma unilateral de la realidad social de la unidad de acción individual, pues se ha conformado con la consideración de que la unidad decisoria estatal es un producto del orden jurídico. La voluntad del estado puede únicamente entenderse, si la concebimos como una unidad decisoria eficaz, individualizada por la acción del orden natural y social y, en último término, por los órganos del estado: el hecho natural fundamental que condiciona la regularidad de la conducta es la vecindad y la comunidad de destino que produce el territorio;[14] infortunadamente, la geopolítica, disciplina puesta de moda por numerosos escritores, no ha podido entender el problema.[15] El vínculo sanguíneo, me-

[13] Gierke: *Genossenschaftstheorie* (*Teoría de la corporación*), p. 631, nota 2 y 608 y s. En el mismo sentido, Preuss: *Gemeinde, Staat und Reich* (*Comuna, estado y Reich*), pp. 153 y ss.

[14] Jellinek: *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (*Sistema de los derechos públicos subjetivos*), p. 26: "El fundamento de esta unidad de la voluntad estatal es, ante todo, física. El estado se desarrolla sobre una porción limitada de la superficie terrestre."

[15] En lugar de principiar con una investigación del significado general de la vecindad humana para el intercambio social de una comunidad y continuar, después, con las investigaciones especiales acerca de los efectos particulares que produce un determinado territorio sobre las relaciones económicas, comerciales y otras, pretende lograr una síntesis del pensamiento, que le resulta contraria a los principios científicos y desprender, en forma inmediata, las relaciones causales entre territorio y estado. El juicio de Vogel: *Polistische Geographie* (*Geografía política*), p. 9, sobre los trabajos de Ratzel, no obstante algunos resultados particulares valiosos de estos tra-

diante la formación de un tipo antropológico unitario, tiene también una gran significación para la subsistencia de la voluntad común; pero la teoría de la raza de nuestros días tampoco ha comprendido la naturaleza de esta función.[16] Juntamente con la comunidad producida por la identidad del suelo y por el vínculo sanguíneo, debe considerarse el obrar humano determinado por la influencia de las masas y por la imitación, dos factores cuya importancia se estudia cada vez más. Todas estas relaciones y órdenes carentes del sentido del valor se encuentran, frente a la conducta con sentido valioso, no en relación de infra-estructura a supra-estructura, sino que actúan concomitantemente en el vértice y en la base de la pirámide social. Si analizamos una comunidad cualquiera, que englobe los órdenes convencionales, el económico, el religioso y los círculos éticos, observaremos que el resultado de la acción de todos estos factores naturales y culturales de la vida social es, precisamente, la voluntad de la comunidad, la cual, individualizada por las condiciones supra-mencionadas, emerge como orden jurídico, como elemento coordinador de los órdenes económico, religioso, etcétera, como la representación de las relaciones reales de poder. Cada uno de estos incontables órdenes y valoraciones puede formar parte de un círculo cultural más amplio o más limitado que el circunscrito por las fronteras estatales; pero dentro de éstas, la voluntad individual de decisión, determinante para todos los círculos y cristalizadas mediante el choque de las actividades comunes, constituye una figura única. Sin género alguno de duda, la voluntad estatal es el producto y es sustentada siempre por partículas valiosas de las voluntades individuales; pero es igualmente cierto que estas voluntades individuales han sido determinadas, de ahí su aspecto humano, por las milenarias maneras de ser del espíritu objetivo; sin ellas o a su margen, seríamos animales o dioses. Individuo y comunidad son conceptos correlativos, dependientes el uno del otro.[17] El aspecto imperecedero de la concepción marxista de la historia consiste en la afirmación de que la voluntad individual se encuentra con un



bajos, queda en pie para la totalidad de la disciplina: "Es posible, para cualquier especie de afirmaciones, no importa que sean contradictorias, citar frases adecuadas."

[16] Consúltese mi libro: *Sozialismus und Nation* (*Socialismo y nación*), pp. 19 y s.

[17] Litt: *Individuum und Gemeinschaft* (*Individuo y comunidad*), p. 3.

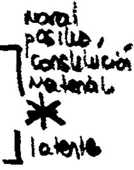
material social, cuyo elemento más firme y racional es la economía; un material en cuyas leyes causales, pero a la vez normativas, se manifiesta la voluntad social; un mundo dado, que sólo es asequible en algunos puntos de su configuración. El lecho del río, que constituye la historia verdadera de la sociedad, contiene la más alta individualización de la voluntad colectiva, a la que un tratadista canadiense denominó, acertadamente, *the ultimate sovereing unformulated though very real.*[18] El pueblo, como portador del orden estatal, determina en todas partes la voluntad del estado; esta determinación existe en todas las formas estatales, pero sólo en la democracia llega a ser el factor jurídico determinante.

La unificación de las voluntades no se transforma automáticamente en la voluntad del orden estatal, siendo necesario, al efecto, la individualización última de la voluntad por las instancias del estado. Estas instancias representativas representan, en sí mismas, los valores y fuerzas de la comunidad, mismos que son, a su vez, los elementos determinantes de la unidad volitiva. También en este aspecto resulta inadmisible la doctrina de Jorge Jellinek, pues dicho autor formula una división en dos términos a-dialéctica. La voluntad del titular de un órgano del estado, tanto desde el punto de vista físico y natural, cuanto en el terreno ético y jurídico, sólo puede reputarse voluntad de la comunidad si aparece como probable que el gobernante podrá usar, de una manera general y sin contratiempos, la fuerza de los representados, quiere decir, si es presumible que los gobernados le obedecerán en la mayoría de las circunstancias, pero esta obediencia, a su vez, dependerá de que los actos del titular del poder valgan como actos de la comunidad y estén determinados efectivamente por ella. "La ley piensa y quiere lo que el espíritu del pueblo, en su cualidad de intérprete razonable, puede obtener de ella."[19] Todo poder legislativo, el absolutista y particularmente el democrático, encuentra como algo dado las valoraciones fundamentales de sus decisiones

[18] Mac Iver: *The modern State,* p. 11.

[19] Binding: *Handbuch des Strafrechts* (*Manual de derecho penal*), tomo I, pp. 456 y s. Consúltese también lo que dice Lukas: *Zur Lehre vom Willem des Gesetzgebers* (*En torno a la doctrina de la voluntad del legislador*), *Trabajos en honor de Laband,* tomo I, p. 401: "El contenido espiritual de una ley se determina por la concepción general que recibe en el medio social a que pertenece."

y la fuerza necesaria para imponerlas; los congresos y parlamentos no crean las normas jurídicas fundamentales, sino que las toman como algo vivo, limitándose a transformarlas. De estas consideraciones deducimos que la doctrina dominante en la ciencia del derecho de nuestros días, *la ley puede ser más sabia que el poder legislativo*, es en principio correcta, pero debe sin embargo corregirse, pues nunca puede ser más sabia que la voluntad del estado. La voluntad y las opiniones del poder legislativo autor de las normas no son, inevitablemente, determinantes para la interpretación de la ley; pero a la inversa, en la medida en que el legislador representa la voluntad del estado, los valores constitutivos de la unidad de la comunidad no pueden serle indiferentes para la formación de su criterio y de su voluntad. Las normas fundamentales vividas por una comunidad jurídica, las relativas a la estructura política, a la organización de la familia y al régimen de la propiedad, están substraídas, en términos generales, del arbitrio del legislador. Bismarck se vio obligado, en una cierta medida, a practicar una política socialista y Lenin, a su vez, tuvo que hacer concesiones a la política del capitalismo. La violación de estas normas, que son una especie de derecho natural condicionado por los círculos culturales, provoca constantes reacciones, las que, a su vez, dan nacimiento a la creencia en un derecho de resistencia del pueblo y de los hombres. En el devenir histórico no se encuentra un poder omnipotente, capaz de violar permanentemente esas normaciones. De ahí que el concepto de una soberanía absoluta constituya un contrasentido.



Quien permanezca anclado en el dualismo de naturaleza y espíritu y no se dé cuenta de que los actos de la voluntad individual son configurados habitualmente por el mundo natural de las uniformidades sociales, ni advierta que este mundo de las formas sociales se actualiza siempre y de manera exclusiva, en las voluntades individuales, no podrá comprender los conceptos de voluntad y poder del estado. Las objeciones en contra de la realidad de la voluntad del estado provienen, asimismo, del arsenal de esa filosofía del derecho cuyo individualismo dogmático reconoce únicamente la realidad del hombre aislado, pero esta concepción, al agotarse en el análisis de la conciencia individual aislada, acaba por destruir a un mismo tiempo la vivencia del yo y la posibilidad de la vida social. Son dos las objeciones

principales que se enderezan en contra de la existencia de una voluntad estatal real: se dice, ante todo, que dada la multiplicidad de sus mandamientos, no es posible ubicarla en la conciencia de ninguna persona. A esto respondemos diciendo que si los hombres estuviésemos asociados únicamente al través de nuestras conciencias, no existirían, ni la voluntad estatal, ni la sociedad humana; además, esta primera objeción valdría igualmente para la voluntad individual, pues yo no podría imputar a mi voluntad el hecho de que el reloj despertador, colocado por mí para las siete horas, me despierte, ya que, a esa hora, me encontraré dormido. En el problema del estado debemos tomar en consideración que la voluntad estatal se actualiza en la conducta normal de sus miembros y que la persona que consciente o inconscientemente entre en oposición con esa conducta, chocará con actos coactivos inevitables; pero de este hecho no debemos deducir que los hombres nos sometemos al orden estatal de manera inconsciente o por temor a la coacción, pues cuando la voluntad individual desconoce un mandamiento estatal y es obligada a cumplirlo, desconoce una norma concreta, pero no el orden total del estado. Estas mismas consideraciones son aplicables a la segunda de las objeciones, no obstante su aparente consistencia: es incuestionable que en cada estado hay hombres que se colocan conscientemente en oposición con la voluntad estatal; en la medida en que esta oposición consciente se agota en la violación ocasional de una norma, la objeción puede apartarse fácilmente: el ladrón no pretende negar, en el acto concreto del robo, el precepto del código penal que prohíbe robar, pues, por una parte, no quiere robar siempre y, por otra, tampoco admite que algo le sea robado. Si, por lo contrario, se discute la legitimidad de un mandamiento estatal, hay que distinguir dos situaciones: si la discusión, como simple valoración interna efectuada por los interlocutores, no afecta a la conducta actual y necesaria para la unidad de la comunidad, si, a ejemplo, la presión de las relaciones sociales no permite que la valoración se transforme en acción, no tenemos problema alguno que resolver. Desde este punto de vista, conviene aclarar que nos encontramos muy lejos de afirmar que el estado es una corporación cuya fuerza consiste en la solidaridad consciente de los intereses, en la valoración interna y en el reconocimiento que hacen de ella todos sus miembros; lo único que afirmamos es la uni-

dad que deriva de la normalidad de los actos de voluntad, unidad para la que vale también, en caso necesario, el principio, *coactus stamen voluit*. Pero si la voluntad individual contradice con su actividad a la voluntad colectiva, puede ocurrir que su valoración y la fuerza de que disponga logre imponerse y consolide una nueva voluntad social o que el autor de la contradicción, el señor Michael Kohlhaas, sea aniquilado mediante el ejercicio de la coacción. La coacción, mal organizada o insuficiente en el primer caso, pero efectiva en el segundo, asegura siempre y en última instancia, la voluntad de la comunidad, como un principio de la ejecución general, no limitado a uno o varios casos concretos. De ahí que la normalidad total de las relaciones sociales naturales y de los actos decisorios de los órganos estatales, sea contemplada frecuentemente como el resultado de la fuerza efectiva de las relaciones de poder. Las investigaciones y objeciones que se formulan en contra de la voluntad de la comunidad derivan de la circunstancia de que la conciben como una voluntad social dirigida a la consecución de un fin, en lugar de entenderla como la unidad dialéctica de los contrarios que se realiza en cada individuo. Ciertamente, la voluntad de la comunidad no puede concebirse como un *yo* consciente, pero es incuestionable que la conciencia del *nosotros*, más o menos clara o difusa, opera sobre cada persona. Así, a ejemplo, carece de importancia que el trabajador combata las leyes de impuestos, la de exportación o el servicio militar, pues, en la medida en que admite la validez del derecho del trabajo y de la legislación social, la voluntad estatal queda asegurada; otro tanto debe decirse respecto del empresario que acepta y reconoce la legitimidad de la forma del estado y la validez de la legislación social, porque una y otra respetan su propiedad privada y la política ~~imposicionista~~ tributaria que conviene a sus intereses. Es posible, según se dice en un renglón anterior, que alguien se oponga al servicio militar, que otra persona pretenda la derogación de un impuesto o que un tercero cometa un homicidio; en el instante mismo en que estos ciudadanos confían en la protección del estado para un futuro próximo y reconocen la legitimidad de su intervención en esos mismos u otros actos, reconocimiento que, por tanto, no es puramente teórico, puesto que cada una de las personas mencionadas contribuye en una cierta medida a la formación de la voluntad estatal, en ese mismo instante, se da ya como formada dialécti-

camente la voluntad del estado. En este sentido, la voluntad individual soberana del estado se actualiza en el individuo y en la comunidad y al obrar sobre ellos mediante decisiones individuales de voluntad adquiere las características de un poder único.

El resultado de esta investigación en torno a los conceptos de estado y derecho nos proporciona la ocasión de ocuparnos una vez más del profesor Kelsen, escritor que, por regla general, según se habrá podido observar en el curso de nuestras páginas, siempre que se ve colocado delante de un auténtico problema de la ciencia del derecho, abandona los campos de la Teoría pura del derecho mediante una habilísima fuga. Explica el profesor vienés, que el derecho internacional dice en una conocida sentencia, aceptada por todos los estados: "Si 'A' ordena algo y 'B' obedece en la mayoría de los casos, entonces, 'A' debe mandar y 'B' debe obedecer siempre." [20] En otras palabras: si "A" encuentra normalmente obediencia en "B", esta conducta normal de "B" debe valer como una conducta normalmente exigible, por lo que los actos que corresponden a esta exigencia constituyen el estado. Pero con esta sentencia, Kelsen no sólo destruye la totalidad de su Teoría pura del derecho y la parte más rica de sus polémicas, sino que, con una precisión digna de gratitud, deja establecido, primeramente, que el derecho es la regulación normativa de una conducta y, en segundo lugar, que el estado no es un orden normativo ideal, sino una determinada normalidad real de la conducta. Por otra parte, la sentencia dictada por Kelsen aclara de un solo golpe y sin dejar duda alguna, que para la solución de nuestro problema no interesa determinar si los miembros integrantes del estado se encuentran entre sí en una relación psicológica real; aclara asimismo por qué y cómo, la validez del orden jurídico es independiente, tanto de que no se cumpla por algunos, cuanto de que los miembros del estado, en su conducta relacionada con el orden estatal, se dejen motivar conscientemente por él. Al orden de poder, como un todo, le es suficiente que se le obedezca en la mayoría de los casos y que la conducta derivada de esta obediencia aparezca determinada por la norma que le sea aplicable. Cuáles sean los motivos subjetivos que actúen efectivamente

[20] *Staatslehre* (*Teoría del estado*), p. 127.

sobre las personas, es una cuestión, si no práctica, sí teóricamente indiferente, a condición, sin embargo, de que la conducta normal esté asegurada. El estado, como todas las organizaciones sociales, se forma y subsiste por la actuación conjunta de los hombres que lo forman, asegurada por los órganos estatales, con cuya conducta los hombres, moviéndose dentro del marco de normas jurídicas fundamentales, ciertas y determinadas, actualizan un orden jurídico ideal. Así se justifica, por lo menos en forma relativa, que el jurista, por razones metodológicas, separe este orden ideal de la totalidad de la realidad estatal. Pero es falsa la tesis que sostiene que la validez de dicho orden es independiente de su actualización y se hace grotesca cuando, olvidando que el derecho, como orden jurídico ideal, es una abstracción metódica ideal, lo concibe como algo puramente ideal y lo identifica con el estado, siendo así que éste posee la más alta realidad social que puede pensarse. Los absurdos de la identificación kelseniana no aparecen a primera vista debido al doble significado que corresponde a varios términos, entre ellos la palabra "orden", que significa, bien una actividad o su resultado, bien una conducta subjetiva normal o su correlato objetivo. Es así que el espíritu del lenguaje comprueba la división dialéctica a que antes nos referimos, entre ademán y sentido.

IV

LA UNIDAD Y PLENITUD DE UN SISTEMA JURIDICO COMO EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD ESTATAL SOBERANA

La ciencia del derecho de nuestros días, en la medida en que se ocupa de la unidad de los sistemas jurídicos, piensa que dicha unidad es una verdad evidente, que se sobrepone a cualquier duda. Desvinculado el sistema jurídico del legislador real y de toda unidad social de voluntad, aparece como un todo lógico, particularmente a los ojos de los profesores de derecho civil. De ahí que el positivismo logicista de nuestros días, al que se entrega un haz de normas jurídicas positivas, se esfuerce, mediante deducciones lógicas, en la elaboración de un sistema carente de lagunas:

> La idea de las lagunas en el derecho —escribe Bergbohm—,[1] debe descartarse de una vez por todas; un orden jurídico, aunque no abarque todas las materias que debiera regular es, no obstante, una totalidad dada, carente de lagunas. Pues, ¿quién podría completarlo sin tener que acudir a las fuentes del derecho? Un orden jurídico no necesita ser completado desde fuera, ya que en cada etapa de su vida está completo, pues su fructividad interna y su fuerza lógica de expansión cubren siempre, dentro de su jurisdicción específica, los elementos necesarios para las sentencias que sea preciso dictar.

Esta concepción de la unidad de los sistemas jurídicos como un todo lógico es radicalmente falsa. La unidad de un sistema jurídico es de naturaleza teleológica e histórico-social y descansa en la unidad de una voluntad valorativa soberana. Antes de que se formen la unidad de voluntad legislativa y la unidad de validez de sus mandamientos, no puede hablarse de unidad y plenitud de un orden jurídico.[2] Ahora bien, la unidad de la voluntad estatal es una manifestación, en un alto grado, de la previsión de una razonable normalidad de las relaciones sociales. En consecuencia, sólo podrá hablarse de la unidad lógica de un sistema jurídico, si la voluntad dominante puede contar normalmente con la obediencia de todos aquellos a quienes se dirige, y a condición, además, de que dicha voluntad no dependa de la aprobación, más o menos probable, de otra unidad de voluntad; a lo expuesto debe agregarse, que únicamente desde el punto de vista valorativo de la unidad de voluntad de que se trate, podrá hablarse de la unidad lógica del sistema jurídico. La unidad de poder del estado y la validez jurídica incondicionada de su voluntad, son el resultado de una evolución de muchos siglos: en Alemania principió con las *Capitulaciones* de los merovingios y carolingios, habiendo combatido en su escenario el derecho estatutario y el del pueblo, el centralismo racionalista y la formación tradicional del derecho feudal. La lucha se vio estimulada por la recepción del derecho romano, que tuvo lugar sobre la base del derecho configurado por el estado burocrático y centralista de Justiniano; y fue finalmente apoyada por la economía racional del dinero y, en íntima relación con ella, por la fuerza actuante de la burocracia, cuerpo estatal que se

[1] Bergbohm: *Jurisprudez und Rechtsphilosophie* (*Jurisprudencia y filosofía del derecho*), pp. 384 y ss.
[2] Ehrlich: *Juristische Logik* (*Lógica jurídica*), pp. 122 y ss. y 138 y ss.

había independizado de los señores feudales. Todo este proceso condujo al estado absolutista y a la validez incondicionada del derecho emanado de su voluntad. La exclusión absolutista de las potencias jurídicas intermedias fue el primer presupuesto para que la comunidad jurídica total, cuya voluntad era puesta en movimiento por la burocracia, pudiera contar con que sus miembros cumplieran los mandatos emanados de ella. El segundo presupuesto fue la codificación del derecho, pues en los nuevos códigos se manifestó la supremacía de las normas emanadas de la voluntad unitaria de la comunidad sobre las costumbres particulares de las distintas regiones del estado. Un aliciente particularmente importante para la unidad del derecho derivó de la construcción conceptual del derecho natural, doctrina que creyó que podía deducir la validez de las normas y conceptos jurídicos mediante silogismos matemáticos, independientes de cualquier voluntad. Cuando los poderes estatales participaron activamente en la legislación, jurisdicción y aplicación coactiva del derecho y cuando las restantes normas jurídicas, reunidas bajo la denominación de derecho consuetudinario, quedaron subordinadas al derecho estatal, se abrieron las puertas al nacimiento de la unidad de los sistemas jurídicos. Por último, el liberalismo formalista posterior creyó que con la derrota del absolutismo, por una parte, quedaba suprimida la voluntad como fuente creadora del derecho y, por otra, se aseguraba la unidad lógica del orden jurídico frente a la voluntad de los miembros de la comunidad. En el futuro, se dijo, nadie podría atreverse a representar el papel de una fuente de derecho.

A partir de ese momento se desarrolló la jurisprudencia conceptual, para la cual, el sentido de la armonía lógico-jurídica de las normas del derecho ya no reside en el orden de las relaciones sociales, sino que la armonía misma es elevada a la categoría de un fin propio y absoluto. Los expositores de las nuevas ideas negaron que la unidad de un sistema jurídico tuviera necesariamente que explicarse como la expresión de un orden de poder soberano, esto es, como el correlato de un sistema de actos de voluntad; pero con esta solución y como una consecuencia ineludible, se confundieron dos cuestiones diversas: la validez lógica con la validez jurídica y la unidad lógica con la unidad jurídica. Kelsen, que en este punto es el continuador consecuente de las tendencias de la ciencia jurídica contemporánea, ve

en la unidad del sistema un simple producto de su normativismo logicista, independiente de la sociología y de la ética:

> Un sistema de normas es un conjunto de normas lógicamente cerrado, cuya unidad interna, carente de contradicciones, se expresa en una ficción antropomórfica, en forma tal, que el contenido de cada norma y la relación entre los contenidos de las distintas normas, aparecen *queridos* por un solo sujeto.

En esta frase están encerrados todos los misteriosos errores del positivismo logicista: la concepción del estado como un todo lógico —la Teoría pura del derecho, histórica y sociológicamente debe aceptar esta misma afirmación para la época feudal— conduce, necesariamente, a otra afirmación, a saber, que "en el mismo ordenamiento no pueden valer a un mismo tiempo como contenidos "a" y "no a". La doctrina de Kelsen da origen a graves problemas en el campo del derecho internacional y aun en el terreno del derecho interno, pues la validez concomitante de dos sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada o de dos actos administrativos contradictorios es imposible, toda vez que dentro de un mismo sistema jurídico semejante contradicción equivaldría a la existencia de un injusto estatal. Comprendemos ahora que el racionalismo jurídico, partiendo de estas premisas, se vea obligado a declarar que "la existencia de una voluntad estatal contradictoria consigo misma, equivaldría, ni más ni menos, a la negación de la ciencia del derecho". Por las mismas razones, la doctrina que venimos analizando tuvo que negar que el substrato de la persona sea una unidad de voluntad real y que viera en ella, exclusivamente, "una existencia ideal ausente de contradicciones".[3] Por tanto, dentro de esta concepción, no es posible imputar a una persona acciones contradictorias, así como tampoco puede imputarse al estado un acto injusto. La capacidad delictiva de las comunidades, la de los miembros del estado federal, las numerosas disposiciones legislativas que imputan a los órganos del estado acciones contrarias al derecho y la responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos, constituyen principios que es preciso negar, a fin de poder exhibir al estado como un sistema de normas jurídicas carente de contradicciones y a la unidad estatal como una totalidad lógica.[4] Pero la con-

[3] Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), pp. 114, 110 y 173 y ss.

[4] Sobre el acto estatal injusto, Wenzel: *Obra citada*, p. 215 y los autores que menciona.

tradicción interna de esta doctrina salta a la vista en el instante en que Kelsen, a propósito del derecho internacional, habla de una "capacidad jurídica y de una actividad delictiva del estado-persona".[5]

Las conclusiones de la Teoría pura del derecho resultan inadmisibles: la unidad de un sistema jurídico puede únicamente entenderse como manifestación de una voluntad de poder unitaria; ninguna voluntad de poder, sea individual, sea colectiva, puede equipararse a un libro absolutamente sabio y prudente; por lo contrario, es una individualidad en la que necesariamente se dan muchas contradicciones. Sin género alguno de duda, cada orden de poder es un sistema jerárquico de unificación de voluntades, que exige una unidad ausente de contradicciones en su vértice, pero esta unidad ha de entenderse en el sentido de que, en ocasión de cada uno de los problemas concretos de que conozca, tiene que dar una interpretación única. Aún en el orden técnico más perfecto, que es el régimen militar, se encuentran siempre algunos mandatos contradictorios en los grados inferiores, circunstancia que, no obstante ser inevitable, resulta inofensiva para el orden de poder entendido como una totalidad. La unidad social, que es unidad de la pluralidad, no está formada por piedras o durmientes, sino por hombres, que necesariamente interpretan en forma autónoma los mandamientos que reciben. En el estado contemporáneo, la graduación para la unificación de las voluntades desemboca en la ley. Por esta circunstancia, mas no por argumentos lógicos, la técnica jurídica ha impuesto justificadamente el principio de que, en lo posible y en el interior de un sistema jurídico, la ley debe interpretarse de manera que no resulten contradicciones en ella. En la época presente y aun sin considerar que se trata de categorías históricas, tenemos que reafirmar que la unidad y ausencia de contradicciones de un sistema jurídico no puede ser el efecto de un dato lógico puro. Las normas jurídicas, de la misma manera que las reglas del lenguaje o del arte, tienen sus leyes propias, que no son idénticas a las leyes del pensamiento puro, si bien se estructuran siguiendo las formas de las leyes del pensar puro. El jurista participa en la creación de la unidad y en la supresión de las contradicciones del sistema jurídico, únicamente en la medida

[5] *Zeitschrift für privat und öffentliches Recht* (*Revista de Derecho Público y Privado*), pp. 40 y 95 y s.

en que no es, pura y simplemente, un normativista lógico, y en que, por lo contrario, mediante su actividad valorativa creadora y en unión de todos los miembros del sistema, contribuye a la formación de la unidad de voluntad. En consecuencia, si queremos entender como una individualidad a la unidad estática del orden jurídico dentro de la pluralidad de normas que coexisten en él, tenemos que concebirla como expresión de una unidad de voluntad real que sea, según hemos hecho notar, soberana y, por tanto, independiente de la eventual aprobación de otra unidad de voluntad.

La conclusión que antecede adquiere aún mayor claridad si preguntamos en dónde radica la individualidad de un sistema jurídico, dentro de la pluralidad de normas que se suceden unas a otras. Para cierto positivismo, la voluntad estatal es idéntica al derecho positivo.[6] Pero todo derecho positivo está incuestionablemente sujeto al flujo de la historia; un derecho inmutable significaría tanto como vida muerta. ¿Cómo es posible redimir la unidad estática del orden jurídico de su rigidez cadavérica, elevándola a la vida de su unidad histórica? Para quien niegue la existencia de la voluntad estatal como creadora y renovadora del derecho, la individualidad histórica de un orden jurídico es absolutamente incomprensible e inconstruible. Son no obstante interesantes los esfuerzos artificiosos y por ello mismo desafortunados, de Kelsen y sus alumnos, para explicar este problema: en su libro *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (*Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del estado*), Kelsen creyó que podía resolver la dificultad mediante la afirmación de que la actividad dirigida a la creación de la voluntad estatal no es función del estado, y que debe caracterizarse como un proceso social; al faltar la imputación al estado, los factores que participan en la función legislativa —los diputados y sus electores, el parlamento y el monarca— no pueden ser considerados órganos del estado.[7] Esta artificiosa elaboración jurídica, que no encuentra paralelo alguno en la historia y a la que se agregó pos-

[6] Affolter. Consúltese lo que decimos en la p. 128. Kelsen: *Obra citada*, pp. 105 y ss. Hölder: *Positives Recht als Staatswille* (*El derecho positivo como voluntad del estado*), en *Archiv für öffentliches Recht* (*Archivos de Derecho Público*), tomo 23, p. 359.

[7] *Hauptprobleme* (*Problemas fundamentales*), p. 465.

teriormente la teoría del delincuente órgano del estado,[8] tuvo el valor de aceptar las consecuencias que de ella se deducen:

> Toda construcción jurídica tiene como presupuesto ineludible la existencia del orden jurídico, esto es, la existencia de las normas jurídicas y, dentro de ellas, la voluntad del estado. Este presupuesto es el punto fijo del que tienen que partir todas las construcciones jurídicas, sin que sea posible ir más allá.

Se ve ahora a dónde conduce el dualismo radical de voluntad y norma: para no caer "en la falsa doctrina de la naturaleza psicológica de la voluntad jurídica",[9] tiene que desaparecer cualquier asomo de voluntad viva en el estado y en el derecho; ciertamente, allá, en las alturas, flota una "voluntad estatal", pero no es sino la suma de las normas jurídicas positivizadas en un momento determinado.

Así como Mach concibe lo espiritual como un acontecer sin substrato, con cuya tesis concluye disolviendo la unidad de la conciencia, así también, en la doctrina que acabamos de exponer, se hace a un lado el substrato del orden jurídico, con lo que, a su vez, se hace impalpable la unidad histórica de las normas jurídicas. En escritos posteriores, el jefe de la Escuela vienesa pretendió ocultar las fallas de su doctrina mediante dos elaboraciones: la idea de la norma fundamental y la teoría de la pirámide jurídica. Pero una norma fundamental que dice: *Condúcete como lo ordena este monarca o este parlamento*, no es una norma jurídica; justamente porque no lo es y porque aun sin ser mencionada, la fórmula en cuestión se sustenta en la voluntad estatal, es por lo que puede ser y de hecho constituye el punto fijo de partida de todas las construcciones jurídicas. Llegados a este punto, merece una mención especial el hecho de que el pensamiento kelseniano se vea constantemente obligado a atribuir a la llamada norma fundamental las cualidades de una voluntad real, al extremo de que, finalmente, el concepto de norma fundamental se transforma, precisamente, en su concepto opuesto. En efecto, la concepción racionalista del estado de derecho de Kelsen tiene que partir del hecho consistente en que la posibilidad de modificar un orden jurídico puede únicamente derivar de la circunstancia de que "las condiciones de su modificación

[8] *Staatslehre* (*Teoría del estado*), pp. 262 y ss.
[9] *Hauptprobleme* (*Problemas fundamentales*), pp. 466 y s.

estén previamente determinadas"; en consecuencia, estas condiciones deben estar señaladas expresamente. Pero Kelsen tropieza inmediatamente con la pregunta siguiente: ¿Cuál es la naturaleza del principio de la *lex* posterior que garantiza, no obstante el hecho de la modificación de la norma, la unidad del orden jurídico? "La superación", dice Kelsen, "del elemento dinámico que está contenido en la modificación de las normas", sólo se alcanza partiendo del principio de que cada modificación "debe poder explicarse desde el punto de vista lógico-normativo"; quiere decir, toda modificación debe provenir de una norma superior, de tal manera que, "sin más, pueda ser concebida como tomada de esta norma superior". De estas explicaciones se deduce que cada ordenamiento susceptible de modificarse debe contener, en la plaqueta de la norma que determina las condiciones del cambio, todas las variaciones imaginables. Desde este punto de vista, la norma superior es siempre una y la misma, esto es, en su identidad es inmodificable.[10] Si esta tesis fuese verdadera, querría decir que nos encontraríamos ante el ejemplar normativo más maravilloso de todos los tiempos, nunca igualado e imposible de ser siquiera soñado por algún otro jurista. No es necesario intentar la crítica de una norma a la que se atribuye como contenido todas las variaciones imaginables. Lo único digno de acotar es la caracterización que hace Kelsen de la norma, que, bien vista, contiene, en forma precisa, los caracteres que corresponden a la unidad de voluntad soberana.

La unidad y particularidad de un sistema jurídico concreto significa individualidad y particularidad del sistema mismo y de cada uno de sus miembros. Como tal, esto es, separado de cualquier otro sistema, si hemos de ver en él una individualidad determinada, es preciso concebirlo y construirlo, en cada una de sus partes, como la expresión de una voluntad estatal individualizada y concreta, capaz de determinarse a sí misma. La voluntad estatal, al igual que todas las individualidades, es, en su esencia, irracional y, de la misma manera que otros muchos conceptos

[10] *Souveränität* (*La soberanía*), pp. 45 y s., 115 y 119 y s. En la estática de su norma lógica, independiente de cualquier unidad de voluntad viva, fracasan todos los alumnos de Kelsen; por esa razón, trabajan con mayor gusto con la idea de un orden jurídico inalterable. Es el *ordre naturel* carente de substancia, que nuevamente aparece y deviene, en la práctica, el ideal jurídico del *statu quo*. Consúltese lo que decimos en la p. 299.

y determinaciones, no puede racionalizarse, por lo que tampoco puede transformarse en un concepto de relación. Tal es la explicación de que constituya un concepto jurídico substancial y no uno de relación. Solamente concibiéndolo así, puede ser utilizado como punto de partida unitario de las relaciones sociales. Las normas no constituyen un sistema porque se encuentren entre sí en una relación lógico-formal; la frase, *el derecho federal priva sobre el derecho local*, no es, en sí misma, una fórmula lógica, pero tampoco lo sería la frase contraria; su sentido lógico no es sino la expresión de un sistema concreto de unificaciones, esto es, de un orden particular de poder que se manifiesta en una jerarquía determinada. Todo desgarramiento, dentro de un sistema, de la relación voluntad y norma, conduce a la confusión de dos conceptos: *validez lógica general y validez jurídica particular*, confusión que hace imposible la individualización del sistema jurídico. Solamente aquel que se sumerge en un sistema jurídico mediante actos normales de su voluntad queda envuelto por el sistema cerrado de las normas y únicamente él puede derivar nuevas normas del sistema; por tanto, las normas particulares únicamente pueden comprenderse partiendo del todo. Sin duda, es posible tomar una norma concreta, a ejemplo, la que regula la propiedad en el derecho inglés o alemán y, para los fines de la jurisdicción internacional, elaborar con ella una norma nueva; pero, si nos colocamos en esta hipótesis, es fácil advertir, por una parte, que la norma lograda para la jurisdicción internacional, por su contenido, es una norma nueva, que no coincide, ni con el derecho inglés, ni con el alemán y, por otra parte, que la norma en cuestión obtiene su validez jurídica de un acto nuevo de la unidad de voluntad; de lo expuesto se deduce que la elaboración de la norma internacional, que es un acto creador, no es un proceso del conocimiento, sino de la voluntad. Conviene asimismo poner de relieve que la unidad de un sistema jurídico, concebida como unidad de voluntad, permite explicar fácilmente los diversos significados de una norma cuya redacción es una y la misma en diferentes sistemas, situación que resulta incomprensible dentro del racionalismo jurídico. La circunstancia de que el Código de Napoleón hubiese sido objeto de diversas interpretaciones en Francia y en la Renania, no puede explicarse, ni por el texto, ni por la lógica, pues uno y otra eran los mismos para los franceses y los renanos;

la única explicación posible debe buscarse en el hecho de que el diverso sentido de las palabras fue expresión de dos actos de voluntad distintos. Dentro de este mismo orden de ideas debe agregarse que la voluntad del estado, concebida como producto de la totalidad de las condiciones naturales y culturales de la vida estatal, no puede desprenderse, en su integridad, de los textos legales, especialmente si el legislador, en forma intencionada, delega en la *volonté générale* la determinación del contenido de ciertas normas; así ocurre con la mención frecuente a las buenas costumbres, a los usos comerciales, a la naturaleza de las cosas, a la voluntad presunta, a la buena fe, al concepto de lo que es contrario a derecho, etcétera. Únicamente por la acción de la voluntad del estado, inmanente en cada norma particular, nacen la individualidad y unidad del sistema total de las normas. Al jurista que desconozca esta verdad, no solamente le faltará la liga necesaria para la unidad concreta de las normas, sino que no podrá percibir ninguna de las partes de la unidad total.

El racionalismo jurídico ignora el pluralismo de cada sistema jurídico y la individualidad de cada uno de los miembros del sistema; en efecto, esta postura afirma que "la jurisprudencia se eleva a la categoría de ciencia en la medida en que para su conocimiento es suficiente el postulado de la unidad, esto es, en cuanto le es posible concebir al derecho como un sistema unitario, pues el postulado de la unidad del conocimiento vale en todos los planos normativos". [11] Ahora bien, si recordamos el principio: *en un mismo sistema jurídico no pueden valer como contenidos "a" y "no a"*, tendremos que concluir que para que la jurisprudencia pueda compaginarse con el concepto de ciencia matemática usado por Kelsen, sería indispensable que todos los hombres, europeos y salvajes, americanos y chinos, en todos los aspectos, tuviesen exactamente las mismas normas. Analizando cuidadosamente esta doctrina se observa que, para Kelsen y para otros muchos positivistas de esta corriente, el carácter lógico del postulado de la unidad [12] es el que debe promover la unidad del derecho sobre la tierra —¿por qué únicamente sobre la tierra? Fácilmente se observa la confusión entre validez lógica y validez normativa, entre la unidad teórico-abstracta y la unidad

[11] Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), pp. 105 y 152.
[12] Kelsen: *Obra citada*, p. 152, nota 1.

social-concreta de un sistema y entre los estudios de gabinete y la vida real. Y se muestra asimismo con la mayor claridad, aun para la mirada menos experimentada, el peligro, no solamente teórico, sino también ético, que implica una doctrina jurídica de la naturaleza de la que analizamos: su efecto consiste en arrancar a la idea universal del derecho su corazón, colocando, en lugar del valor ético de la exigencia de la unidad que deriva de nuestra voluntad, el postulado, satisfactorio tan sólo para la razón, de la unidad y pureza del conocimiento, postulado que, según el pensamiento de Kelsen, vale únicamente como instrumento de simplificación del trabajo.[13] La doctrina que analizamos pasa por alto que el derecho positivo de nuestro planeta no constituye un sistema unitario y concreto y que precisamente por esta falta de unidad, el postulado de la universalidad, quiere decir, de la armonía incondicionada del contenido del derecho, es y debe continuar siendo inmanente a la idea del derecho. Sin duda, apoyándose en hipótesis arbitrarias, es posible imaginar un sistema unitario que reúna todas las normas jurídicas que rigen sobre la tierra y, posteriormente, trabajar con él, como si tuviera realidad;[14] y aun es posible que la elaboración de esa unidad abstracta pueda alcanzar un cierto sentido teórico. Pero es evidente que se produce una grave confusión, pues son dos cosas esencialmente distintas, por una parte, la unidad abstracta de un sistema jurídico, a la que no corresponde ninguna realidad social, y por otra, la unidad concreta del sistema, cuyo substrato es la realidad de una voluntad estatal rectora de todas las normas. De esta confusión deriva la mayor parte de los ataques de las doctrinas alemana, francesa e inglesa en contra del dogma de la soberanía, la polémica de Kelsen sobre el mismo tema y su fallida elaboración del derecho internacional.

Creemos haber colocado firmemente, cualquiera que sea el ángulo que se considere, al sujeto de la soberanía. En tanto las

[13] Kelsen: *Obra citada*, pp. 98 y ss.

[14] Especialmente si, dentro del estilo peculiar de Kelsen (*obra citada*, pp. 98 y ss.) para rebatir a un autor determinado que se apoya claramente en *la idea general* del derecho, se dice de él que más bien presumiéndolo que reconociéndolo habla del objeto de la ciencia del derecho, que consistiría en trabajar, mediante hipótesis, el material jurídico y reducirlo a unidad. En contra de esta teoría, que se aproxima a la doctrina que habla de *una como hipótesis*, se levanta también el profesor Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), pp. 2 y ss.

luchas de los partidos y de las clases no destruyan al estado, su unidad de voluntad, aun precaria en ocasiones, estará firmemente asegurada. Pero si no se admite la existencia de una *volonté générale*, realmente presente y representada, no es posible captar, ni el concepto del derecho, ni el del estado. Por lo contrario, en el instante en que se la mira, aparece, claramente dibujado, el sujeto de la soberanía.

CAPÍTULO QUINTO

LA NATURALEZA DE LA SOBERANIA

I

EL ESTADO-PERSONA SOBERANO

LA SOBERANÍA ES LA CUALIDAD DE LA INDEPENDENCIA ABSOLUTA DE una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva. Este concepto, en su aspecto positivo, significa que la unidad de voluntad a la que corresponde la soberanía es la unidad decisoria universal suprema dentro del orden de poder de que se trate.

El jurista atribuye al estado la calidad de persona: es una concepción que evidentemente resulta de una elaboración jurídica. Pero si esta construcción es concebida como una simple ficción, esto es, si vive únicamente en la imaginación de los juristas,[1] no es posible hablar, en un sentido auténtico, de la soberanía de la persona-estado.

Todo concepto jurídico verdadero es la imagen de un proceso social real. Sin la referencia constante a los hechos empírico-sociales, la ciencia del derecho se pierde en el espacio infinito. Conviene agregar que esta referencia a los hechos, que puede también efectuarse desde un punto de vista sociológico, no ha de hacernos equivocar el camino, que es, pura y simplemente, la transformación del material precientífico en conceptos jurídicos precisos y aprovechables. Cuando se procede de esta manera, las realidades sociales dejan de ser meras ficciones o productos puros del método jurídico. En su actividad y en relación con la materia que va a trabajar, el jurista no se encuentra colocado ante una *tabula rasa jurídica*, sino delante de una realidad cultural, ricamente elaborada. Su misión, delante de esta realidad cultural, consiste, fundamentalmente, en continuar el proceso de formación de los conceptos jurídicos que se le dan en forma precientífica, en ofrecer a la vida jurídica nuevas instituciones, en separar lo específicamente jurídico de aquellas otras manifestaciones de la vida con las cuales aparece confundido, elevándolo a la categoría de un sistema. El aislamiento, la elaboración y la

[1] Kelsen: *Souverämitát* (*La soberanía*), pp. 164 y ss., y 292.

sistematización del trabajo jurídico, tienen, esencialmente, el mismo sentido que corresponde a la actividad legislativa, a saber, la preparación de un orden justo y seguro, que sea expresión de los dos valores jurídicos fundamentales: la justicia y la seguridad para la vida social. El trabajo del jurista será más o menos elevado y noble, según se proponga la creación de un orden más o menos justo y seguro.

Pero a pesar de la libertad relativa de que disfruta el jurista delante de los substratos sociales, existen numerosos datos reales de la más alta importancia que se le imponen, obligándolo, en multitud de ocasiones, a elaborar los conceptos jurídicos como la imagen de los datos considerados; tal es el caso de los conceptos de voluntad y personalidad estatales. Cierta tendencia, predominante durante algún tiempo en nuestra ciencia del derecho, pretende ver en la personalidad del estado una *persona meramente ficticia*, esto es, un sujeto normativo ideal, al que disuelve en el orden jurídico. Aherrojada esta tendencia dentro del dualismo a-dialéctico de naturaleza y espíritu, la actividad del legislador deja de constituir una realidad psíquica para convertirse en una elaboración normativa. [2]

No es posible realizar ninguna imputación lógico-normativa sin referirla constantemente al conocimiento nomológico, quiere decir, sin la referencia a la regularidad de los procesos causales. [3] Sin duda, el jurista debe separar nítidamente los conceptos de imputación y causación, de la misma manera que debe distinguir la voluntad normativa de la voluntad psíquica, pero estos conceptos no pueden desgarrarse por simples exigencias jurídicas. La elaboración del concepto de persona jurídica no es una creación originaria de la ciencia del derecho, o expresado en otros

[2] Así se expresa, entre otros, Radbruch: *Rechtsphilosophie* (*Filosofía del derecho*), p. 196.

[3] Consúltese Weber: *Aufsatz zur Wissenschaftslehre* (*Ensayo sobre la teoría de la ciencia*), pp. 179 y ss. Kohlrausch, Radbruch y Liepmann han recalcado acertadamente que algunos principios jurídicos específicos son los que permiten llegar a soluciones tales como la imputación penal. La afirmación de que este concepto jurídico de causalidad sea independiente de un concepto de causalidad psicológico-valorativo, corresponde a la desafortunada doctrina que postula la existencia de dos reinos absolutamente distintos, el ser y el deber ser; esta doctrina, como es bien sabido, habla de una causalidad mecánico-naturalista y de una causalidad puramente normativa. Olvida esta doctrina el reino intermedio de las motivaciones causales y de las imputaciones psicológicas, esto es, la doctrina normativista ignora la realidad cultura, único material de que en verdad dispone el jurista.

términos, no es una aplicación de la fórmula *fiat homo secundum artem*, sino que está vinculada, tanto en la persona jurídica individual como en la colectiva, al ejecutor unitario de actos auténticamente reales. Claro está que el jurista no fotografía la vida total de la persona, sino que, y atendiendo a determinados puntos de vista, selecciona de la unidad de voluntad real los actos necesarios para construir al titular permanente de ellos. El jurista que no encuentre como algo dado una unidad de voluntad permanente, no puede crearla artificialmente. La herencia yacente o la fundación, únicamente pueden ser personificadas en la medida en que dispongan de un titular de voluntad real. Pero si en estos casos puede hablarse de una personificación técnica, por virtud de la cual y merced a una norma jurídica, se crea un titular de voluntad que posteriormente puede identificarse con un haz de relaciones jurídicas, la condición de las personas individuales y colectivas, que son unidades activas reales, es radicalmente distinta: estas personas no pueden disolverse en una serie de relaciones jurídicas, porque ellas son las creadoras de las relaciones; y tampoco pueden ser concebidas como lo jurídicamente unido, ya que son ellas quienes determinan la unidad. O dicho con otras palabras, las personas individuales y colectivas no son función, sino substancia.[4]

La doctrina de la persona jurídica ha sido y es un intento de racionalización y relacionalización relativo, nunca absoluto, de una unidad real de voluntad. Pero detrás de esta máscara jurídica —persona quiere decir originariamente máscara, según los precedentes griegos—, el estudioso del derecho tiene que contemplar la totalidad irracional de la unidad de voluntad viva. Conviene decir en este acto que el substrato real de la persona posee la misma relevancia jurídica específica en el derecho privado que en el derecho público, pues en todas las esferas jurídicas, la unidad de voluntad de la persona no sólo es el titular, sino también el creador de los derechos y obligaciones. Esta condición teórica, no obstante su extraordinaria importancia, es generalmente negada o desconocida en nuestros días. Erich Kaufmann despersonaliza el orden jurídico privado cuando afirma que en el derecho civil, la función de la voluntad deriva, única y exclu-

[4] Consúltese Marck: *Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie* (*Substancia y concepto de función en la filosofía del derecho*), en especial, pp. 89 y 113.

sivamente, de la norma atributiva de competencia, esto es, la voluntad, según Kaufmann, se convierte en un simple órgano del orden jurídico supra-individual.[5] "Parecería como si el estado", objeta justificadamente Husserl, "al momento de organizarse, destruyera la subjetividad jurídica de todas las personas incluidas en los límites de su poder, para, inmediatamente después, revivirlas artificialmente en la medida en que convenga a sus fines mediante un soplo de su voluntad".[6] Contra esta soberanía del estado Leviathan se eleva el pensamiento de todas las corporaciones sindicales: la teoría de una soberanía del estado, capaz de devorar a todas las personas, entre ellas, a nosotras, las corporaciones sindicales, es inadmisible. La destrucción de esa tesis es el presupuesto ineludible para la obtención de un concepto claro y preciso de la soberanía.

El derecho se realiza dialécticamente en una construcción escalonada, que arranca de la persona suprema y, pasando por la constitución y la ley, encuentra su escalón final en el último acto de ejecución.[7] Esta construcción escalonada del orden jurídico no puede prescindir en ninguno de sus puntos de la voluntad humana: desde la "autonomía privada"[8] del derecho civil, hasta la persona estatal soberana, se construye una jerarquía de unidades reales de voluntad, ninguna de las cuales carece ni puede carecer de fuerza creadora. Si bien es cierto que cada unidad de voluntad está determinada, en alguna medida, por la voluntad soberana del legislador, también lo es que la sobe-

[5] Kaufmann: *Das Wesen des Völkerrechts* (*La naturaleza del derecho internacional*), pp. 175 y 177. Compárese lo que decimos en la p. 261.

[6] Husserl: *Obra citada*, p. 38. Sobre esta pregunta, Stoerk: *Zur Methodik des öffentlichen Rechts* (*Metodología del derecho público*), pp. 30 y 39. Brodmann: *Obra citada*, pp. 47 y 55. Ehrlich: *Juristische Logik* (*Lógica jurídica*). Nawiasky: *Bundesstaat als Rechtsbegriff* (*El estado federal como concepto jurídico*), p. 14: "El obligado toma el contenido preciso de la prestación a que está sujeto, de manera inmediata, no de la voluntad del orden jurídico, sino, más bien, de la voluntad del poder legítimo y, en consecuencia, está subordinado a la voluntad de éste último."

[7] Esta idea se encuentra ya en Bierling: *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* (*Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales*). Bülow: *Gesetz und Richteramt* (*La ley y la misión del juez*). Spiegel: *Gesetz und Recht* (*Ley y derecho*). Thoma, en la obra: *Festgabe für O. Mayer* (*Libro homenaje para O. Mayer*). Extensamente, Merkl: *Lehre von den Rechtskraft* (*Doctrina del poder del derecho*), pp. 275 y ss. Del texto se desprende que esta *construcción escalonada del derecho* está en oposición con la teoría pura del derecho.

[8] Thur: *Allgemeiner Teil des Burgelichengesetzbuch* (*Parte general del Código Civil*), tomo II, p. 144, nota 1.

ranía del estado obtiene la riqueza de su vida de la plenitud de los actos de las personas miembros de la comunidad estatal, plenitud que no está ni puede estar prevista en la ley.[9] En la jerarquía total de las voluntades y de las normas del derecho positivo, la voluntad es indispensable tanto por las exigencias de la positividad, entendida como certidumbre jurídica, cuanto porque el principio de la seguridad jurídica impide su exclusión.

En el estado que postula el principio de la división de los poderes y, especialmente, en las restantes formas de estado, se dan siempre actos dotados de cualidades jurídicas creadoras, tanto *praeter legem* como *contra legem*, que tienen que ser imputados al estado mismo, sin que puedan serlo a una norma jurídica positiva. El hecho de que en un sistema jurídico no puedan existir lagunas se debe, única y exclusivamente, según sabemos desde los tiempos de la célebre polémica de la *Escuela del derecho libre*, a la circunstancia de que las lagunas existentes son cubiertas constantemente por actos creadores de derecho de los poderes estatales.[10] Teóricamente es más importante la consideración de la actividad estatal creadora de actos *contra legem*: si contemplamos a la revolución como un proceso mediante el cual algunos actos, originariamente contrarios al derecho, adquieren validez jurídica, tendremos que concluir que se trata de un fenómeno que es posible observar todos los días; de lo que a su vez se deduce que el grave problema de la fuerza jurídica de los actos estatales contrarios al derecho no es sino un caso particular de un fenómeno más amplio.[11] La seguridad jurídica exige que el orden creado por el estado, aun cuando sea contrario al derecho, valga como orden jurídico en tanto no sea reclamado por quien posea la legitimación para obrar. Esta presunción de legitimidad vale no sólo para los actos de los órganos estatales supremos,[12] sino para todos los actos de las instancias inferiores,[13] si bien en

[9] Consúltese lo que decimos en la p. 115.

[10] Consúltese lo que decimos en la p. 185.

[11] W. Jellinek: *Der fehlerhafte Staatsakt* (*El acto jurídico defectuoso*). Kelsen: *Zeitschrift für privat und öffentliches Recht* (*Revista de Derecho Público y Privado*), pp. 40 y ss. Hippel: *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakt* (*Investigaciones en torno al problema del acto jurídico defectuoso*).

[12] Jorge Jellinek: *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), pp. 18 y s., y los ejemplos que señala en la p. 140.

[13] W. Jellinek: *Gesetz und Gesetzanwendung* (*La ley y su aplicación*), p. 115. Radbruch: *Obra citada*, pp. 172 y ss.

relación con éstos, la persona lesionada en sus derechos puede formular reclamación y obtener que una instancia superior los declare nulos, posibilidad que no siempre existe cuando se trata de los actos de las instancias superiores. Pero aun en el supuesto de que fuese posible la rectificación jurídica de todos los actos de las instancias superiores, subsistiría el hecho, que no es raro en la historia —piénsese, a ejemplo, en el desenvolvimiento histórico de la Constitución de Inglaterra—, de que el acto estatal contrario al derecho puede obtener el reconocimiento de la voluntad de la colectividad.

El acto creador de derecho, sea *intra*, *praeter* o *contra legem*, ejecutado por las personas encuadradas dentro de la organización estatal, no puede imputarse a las normas del orden jurídico del estado: esta observación no se refiere, en forma exclusiva o preponderante, al llamado taponamiento de las lagunas de la ley, sino a los casos, bastante frecuentes, de la ruptura del orden jurídico, *selon l'exigence des cas, des temps et des personnes*, así como también a los actos realizados por el príncipe York von Wartenburg, persona que contribuye a la formación de la voluntad viva del estado. El hecho de que los partidarios del normativismo formalista no puedan explicar ninguna de estas dos situaciones, ni aun con la ayuda de la supuesta norma de contenido ilimitado, capaz de extenderse a cualquier variación posible e imaginable, constituye la prueba irrefutable de que el jurista no puede colocar en el vértice del sistema jurídico estatal una norma muerta y de que, por lo contrario, tiene que reconocer, en el lugar de la norma, la existencia de una voluntad soberana viva. Por tanto, para comprender la elaboración y especulación jurídicas, es indispensable oponer al orden jurídico impersonal, la persona estatal soberana dotada de voluntad.

Una visión más profunda de la naturaleza de la soberanía sólo puede obtenerse al través de la contemplación de la función social específica del estado. De ahí que una teoría del estado, cuyo positivismo le prohíbe formularse la importante y decisiva pregunta acerca del sentido y fin del estado, no puede ni encontrar el concepto de la corporación territorial estatal, ni descubrir la amplitud e importancia de la peculiar función del estado soberano. [14]

[14] Compárese la obscura exposición de Jellinek: *Allgemeine Staatslehre*

La institución *estado* asegura, como instancia última y dentro de un territorio determinado, la coordinación de todos los actos sociales. La fundamentación plena de la afirmación que antecede tiene que reservarse para un estudio posterior. Para los fines de nuestro ensayo, es suficiente la afirmación de que en la época en que la iglesia desempeñaba una función estatal, su actividad consistía, fundamentalmente, en la actualización de un orden que las costumbres, la ética social y las relaciones de intereses no podían, por sí mismos, producir. Sin duda, el estado deja en manos de determinados círculos y ordenamientos sociales la facultad de componer los conflictos que suscita el trato social, pero está listo para intervenir cuando no se realiza la composición de los intereses. Como la vida humana es siempre, y no puede dejar de ser, vida social ordenada, el estado sirve tanto para la conservación de la vida física como para la atención de los problemas metafísicos. Las comunidades en las que el tráfico humano es limitado exigen un número reducido de instituciones estatales; en cambio, las civilizaciones crecientes, con un tráfico humano considerable y, consecuentemente, con mayores oportunidades de frotamientos sociales y conflictos de intereses, demandan una mayor seguridad y una uniformidad más completa en las formas de actuación de los ciudadanos. Como un efecto de las transformaciones y del progreso humanos, el estado soberano está destinado a la satisfacción de las grandes necesidades de la época moderna. A este fin y para servir mejor al principio de la seguridad jurídica, excluye la posibilidad de la auto-defensa, aun para los asuntos de menor trascendencia, y por otra parte, y a fin de evitar los posibles conflictos y desajustes entre los hombres, centraliza la determinación de los casos y condiciones en que podrá hacerse uso de la coacción sobre los habitantes de su territorio. O expresado con la fórmula feliz de Max Weber: [15]

(*Teoría general del estado*), p. 195: Sobre un territorio puede únicamente existir un estado y en esto consiste la *impenetrabilidad del estado*; únicamente la extensión, a todo el territorio, de su poder y la exclusividad del mismo poder, proporcionan al estado la posibilidad de realizar sus fines. Sobre la incomprensión del significado del territorio en la teoría orgánica del estado, consúltese la crítica, si bien negativa, de Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), pp. 77 y ss.

[15] Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft* (*Economía y sociedad*), pp. 20 y s. Weber indica que una de las características de nuestro tiempo es que no se pueda definir al estado por sus fines, sino únicamente por el medio, que le es propio, del poder físico.

El estado toma para sí el monopolio de la coacción física. Este monopolio es el hecho mismo en el que está enraizada la soberanía del estado; y lo cierto es que sin la comprensión cabal del fenómeno no es posible entender con exactitud la verdadera naturaleza del estado, ya que solamente la idea de soberanía permite explicar la cualidad que pertenece al estado moderno de constituir, dentro de un territorio determinado, la unidad decisoria universal. Conviene, sin embargo, aclarar que la universalidad de la facultad decisoria del estado es sólo potencial, mas no necesariamente actual: la naturaleza de la soberanía debe buscarse menos en los hechos reales cuanto en la posibilidad de imponer, no sólo a los miembros del estado, sino a todos los habitantes del territorio, una decisión definitiva y efectiva, siempre que se trate de cuestiones que afecten a la cooperación social, y de hacerlo aun en contra del derecho, en los casos de necesidad. La unidad de la decisión territorial es, en esencia, la unidad dialéctica de la pluralidad de los actos sociales ocurridos dentro del territorio estatal, o expresado en otros términos, es la expresión de las relaciones reales de poder.

No existe ninguna otra institución social a la que corresponda la facultad de decidir, como última instancia, sobre todos los conflictos de intereses que se susciten en el interior del territorio sujeto a su poder: esta idea no ha de entenderse únicamente en el sentido de que el estado contemporáneo rechaza la posibilidad de la denegación de justicia y del derecho, sino que su facultad decisoria debe entenderse dotada de la mayor amplitud; consecuentemente, no se constriñe a la solución de los conflictos motivados por la aplicación o interpretación del derecho existente. El estado soberano y solamente él, no conoce la posibilidad de la denegación de la decisión. El estado necesita, si no quiere disolverse a sí mismo, asegurar, mediante su decisión y actividad, el mínimo de condiciones indispensables para la conservación del orden entre los habitantes de su territorio; y es indudable que la cooperación humana se vería seriamente amenazada si se dieran conflictos no susceptibles de regulación por el poder central. Esta forma de supremacía territorial, más bien que la aptitud para transformarse sustancialmente o disolverse, [16] es la mejor refutación de la conocida tesis, según

[16] En este sentido, Preuss: *Obra citada.* Consúltese lo que decimos en la p. 92.

la cual, "el estado es un miembro, esencialmente igual a los demás, en la cadena de las comunidades humanas". El soberano decide sobre la multitud imprevisible de conflictos, en primer término, con ayuda de las normas jurídicas constitucionales: en la democracia decide el pueblo por resoluciones directas o al través de sus representantes, en tanto en la autocracia decide la instancia autocrática. Todas las instancias estatales están destinadas y tienen el deber de resolver los conflictos que se susciten con apoyo en las normas jurídicas supremas. Pero como las normas de que disponen las instancias estatales sólo pueden aplicarse a los casos para los que fueron creadas, el estado contemporáneo, en virtud del principio de la seguridad jurídica, tiene que resolver numerosos conflictos aun sin contar con el apoyo de una norma vigente. Mas aún, el estado, haciendo prevalecer el interés mayor sobre el menor, tiene que decidir, en caso de necesidad, en contra del derecho. Estos casos muestran que la *summa potestas*, como unidad decisoria universal, cuando surgen determinadas condiciones, es, y tiene que continuar siendo, *legibus soluta*, ¡pensamos que esta situación perdurará hasta que la historia haga que los hombres sean absolutamente justos!

A fin de permanecer por ahora dentro del problema de la decisión *praeter legem*, resulta fácil comprender que si el estado, aún en un solo caso y por faltar una norma jurídica inmediatamente aplicable, rehusara decidir un conflicto, arrojaría la exigencia decisoria, en último término, a la guerra civil, con lo cual se disolvería a sí mismo. Jorge Jellinek, que frecuentemente recalca que el poder del estado "no es puro y absoluto, sino poder ejercido dentro de ciertos límites y, en consecuencia, poder jurídico", no permaneció en el plano formalista, sino que, y en ocasión de este problema, se vio obligado a conceder que el poder del estado no se agota en el derecho positivo. No obstante que el maestro de Heidelberg no reconoce el importante significado sistemático del problema que analizamos para la determinación de los conceptos de estado, derecho y soberanía, se vio sin embargo forzado a declarar:

> Cuando acontecimientos extraordinarios rompen la unidad del derecho o si no es posible encontrar una decisión para un caso concreto en las normas jurídicas, entran los hechos en lugar del derecho, transformándose en las bases para la elaboración de nuevo derecho. [17]

[17] *Staatslehre* (*Teoría del estado*), p. 387. La claridad de esta fórmula

El primero de los casos mencionados por el autor de la *Teoría general del estado* no tiene para nosotros en este momento, y desde un punto de vista jurídico estatal, un interés particular, pues según se desprende de lo que llevamos expuesto, concebimos a la soberanía como un concepto jurídico. El segundo caso se presenta, cuando, a ejemplo, el pueblo, en ejercicio de su soberanía, sea por decisión directa o por conducto de sus representantes, decide sobre los bienes que pertenecieron al príncipe en su carácter de jefe de estado, sin que exista una norma jurídica previamente establecida que permita resolver el problema y sin que corresponda la decisión a los jueces, tanto porque no se trata de una controversia de naturaleza civil, cuanto porque el poder judicial carece de facultades legislativas. [18] Soberano es aquél que decide en el estado de emergencia con base en la constitución, ya sea ésta escrita o no escrita y que, precisamente porque su decisión es válida, continúa ejerciendo el poder decisorio. Unicamente aquel que decide constitucionalmente en el estado de normalidad, decide también, con autoridad jurídica, en el estado de emergencia, en caso necesario, *contra legem*: sólo al soberano corresponde decidir, por juicio propio, si su ley, ante la necesidad momentánea, debe ser suspendida. Si se aceptaran dos unidades de voluntad independientes, una de las cuales decidiera en el estado de normalidad y la otra en los casos de emergencia, se tendría que concluir en la existencia de dos soberanías dentro del mismo estado.

Las ideas expuestas sobre el estado de emergencia resultan evidentes en un régimen autocrático; pero son igualmente válidas en el mundo de la democracia. También el artículo 48, párrafos segundo y tercero de la Constitución de Weimar, [19] debe ser interpretado a la luz del artículo primero de la misma ley fundamental. El hecho de que la técnica del estado de emergencia exija la simplificación de los trámites y el empleo del principio del menor número de personas, razón por la cual se otorgó al presidente del Reich, como único magistrado representante de la totalidad

se empaña por la consideración del significado de la fuerza normativa de los hechos, la cual, en el pensamiento general de Jellinek, fácilmente podría entenderse como una facticidad causal.

[18] Consúltese mi libro: *Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (*Concepto de la ley en la Constitución alemana* [1919]).

[19] El artículo 48 de la Constitución de Weimar fue transcrito en capítulo anterior.

del pueblo, la decisión primera sobre el estado de emergencia, no debe hacer perder de vista que su iniciativa, de conformidad con el artículo 48, párrafo tercero de la citada Constitución de Weimar, va del presidente al Reichstag, el cual, en su condición de titular normal del poder legislativo, se encuentra en este punto colocado sobre el presidente. La Constitución de Weimar, sin embargo, no permaneció anclada en los trámites descritos: cuando el estado de emergencia se prolonga, el pueblo tiene la posibilidad, mediante una petición o una decisión, de resolver, como última instancia, si subsiste o es levantado el estado de emergencia. De ahí que en la República de Weimar, la fórmula de Carlos Schmitt: [20] "Soberano es aquél que decide definitivamente si rige el estado de normalidad", deba aplicarse, no al presidente del Reich, sino al pueblo. La condición de aquellos regímenes en los cuales algunos magistrados representantes del pueblo, tal el caso de Inglaterra, o los jueces, según ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica, son quienes deciden sobre la persistencia del estado de emergencia, debe también interpretarse en armonía con las ideas expuestas. [21] La explicación inmanente y la necesaria legitimación del poder del estado, únicos principios compatibles con las formas actuales de nuestro pensamiento, nos conducen a la afirmación ineludible de que también en el absolutismo monárquico o dictatorial, la *majestas realis* radica en la comunidad. En el estado de derecho que postula el principio de la división de los poderes, no se da la posibilidad de una *majestas personalis*, localizada en alguno de los representantes que tienen a su cargo el gobierno del estado.

[20] Consúltese lo que decimos en la p. 154.

[21] Bastan algunos ejemplos de las constituciones continentales (el autor se refiere a las constituciones anteriores a la Segunda Guerra Mundial): según el derecho francés, ley de 3 de abril de 1878, la declaración del estado de sitio debe hacerse mediante ley del parlamento; sólo en el caso de que el parlamento no esté reunido, puede decretarlo el presidente, con aprobación del consejo de ministros; pero el parlamento, aún sin convocatoria, debe reunirse dos días después y decide definitivamente. En Suiza, el Bundesrat es competente para la intervención de la Confederación (Fleiner: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* [*Derecho público federal suizo*], p. 72). En Holanda, según el artículo quinto de la Ley Reglamentaria del Artículo 189 de la Constitución de 23 de mayo de 1889, decide el parlamento. En Checoslovaquia, de acuerdo con la ley de 14 de abril de 1920, la declaración del estado de sitio supone la decisión del presidente, previo acuerdo del consejo de ministros, pero el decreto presidencial debe someterse al parlamento dentro de los catorce días siguientes a su expedición, para la decisión definitiva, y cuando no está reunido, a la comisión permanente.

La soberanía, que según lo expuesto no puede localizarse en ninguno de los representantes estatales, es, por su naturaleza, la expresión simbólica del acto de voluntad que constituye la instancia decisoria universal del derecho y del poder en un territorio determinado, y que es indisoluble en el derecho positivo.[22] Es el mismo pensamiento de Hegel, cuando dice que "los poderes y funciones particulares del estado no tienen su apoyo en ellos mismos, ni en las voluntades particulares de los individuos, sino que su raíz última, esto es, su propia vida, se encuentra en la unidad del estado". Para Hegel, la idea fundamental del estado se concreta en "la unidad substancial, como idealidad de su momento", en la cual, "los poderes y funciones particulares del estado se disuelven y conservan, pero únicamente se conservan en cuanto poseen, no una justificación independiente, sino una justificación cuya firmeza depende de su determinación por la idea del todo, de tal manera que parten del todo y, a la vez que son miembros pasajeros, encuentran su ser en el mismo todo".[23] La idea de que el estado soberano debe entenderse como una unidad inmanente de voluntad, la tomó Hegel, según él mismo lo afirma,[24] de Juan Jacobo Rousseau.

El racionalismo jurídico no puede concebir que el estado, como unidad decisoria universal, cuyas decisiones no se fundan exclusivamente en el derecho positivo, tenga que ser soberano; y no puede entenderlo, precisamente porque postula una soberanía del derecho sin derecho positivo y una teoría del estado sin estado. Esta doctrina repite, hasta hacerse tediosa:

> que el estado, por encontrarse subordinado siempre al orden jurídico, no puede elevarse en ninguna ocasión sobre él; que el estado, como todo

[22] Kaufmann (*Wesen des Völkerrechts* [*La naturaleza del derecho internacional*], pp. 135 y ss.), vio con claridad que un concepto puramente formal de la soberanía (consúltese Jellinek: *Allgemeine Staatslehre* [*Teoría general del estado*], pp. 470 y s.) nada expresa. Su concepto, apoyado en Haenel: *Deutsches Staatsrecht* (Derecho público alemán), tomo I, pp. 110 y s., como un concepto de contenido material, tiene que ser rechazado, por razones teóricas, éticas y jurídicas. Partiendo de la doctrina de la fuerza, no se puede construir al estado como una institución ética. La evidencia de la universalidad y totalidad del estado, de que habla Kaufmann, es una evidencia jurídica, que consiste en la universalidad de la decisión. Por la misma razón, el superlativo *supremo* no es, según piensa Kaufmann, un término relativo que nada dice, sino, y únicamente en sentido jurídico, un concepto absoluto y supremo. Consúltese lo que decimos en la p. 289.

[23] *Rechtsphilosophie* (*Filosofía del derecho*), pp. 276 y ss.

[24] *Rechtsphilosophie* (*Filosofía del derecho*), p. 258.

sujeto de derecho,[25] no es otra cosa que el derecho mismo personificado como sujeto de derecho y que, por tanto, la concepción de un estado metajurídico, colocado sobre el derecho, es una simple imagen de la fantasía, que desaparece delante de la lente de un análisis crítico y sereno y que, finalmente, el estado se disuelve íntegramente en el derecho.[26]

Ignoramos cómo pueda explicar esta doctrina el acto estatal contrario al derecho.

Al analizar el problema del acto estatal contrario al derecho, nos ocuparemos principalmente de los representantes de la Teoría pura del derecho, no obstante que en la mayoría de los tratadistas de nuestra ciencia moderna del derecho se encuentran los mismos errores que en los primeramente citados; estos errores, en unos y otros, están determinados por las mismas causas.[27]

Ciertamente, Kelsen sostiene que la imputación de un acto tiene que ser legítima, o expresado en otros términos, para que un acontecimiento pueda imputarse al estado, es indispensable comprobar si se satisfacen las condiciones de forma y contenido exigidas por el orden jurídico para que pueda efectuarse la imputación; en consecuencia, siguiendo los principios generales de la lógica, si falta una sola de las condiciones, la imputación no puede hacerse. De acuerdo con estas ideas, el acto que adolece de algún vicio no es un acto del estado, o expresado en una fórmula corriente: *el acto viciado es un acto estatalmente inexistente*. Conviene recordar que para Kelsen, todos los mandamientos jurídicos generales o particulares son de igual valor. De ahí que la diferenciación entre inexistencia y anulabilidad, derivada de la diversa importancia de la norma violada, sea totalmente antijurídica para la Teoría pura del derecho. A la pregunta: *¿quis iudicabit?*, tuvo que responder el racionalismo jurídico en los términos siguientes:

La cuestión relativa a la inexistencia de los actos es un asunto que corresponde a la lógica jurídica y, en consecuencia, no debe decidirse autoritariamente por el estado, sino por la razón de cada persona.[28]

[25] Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), p. 159. La misma idea se encuentra en sus diversos escritos y en los de sus discípulos.

[26] Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), pp. 70 y 38.

[27] Consúltese, Hippel: *Obra citada*.

[28] Kelsen: *Zeitschrift für privat und öffentliches Recht* (*Revista de derecho público y privado*), pp. 40, 85 y s., 69, 74 y 55. Además, W. Jellinek: *Obra citada*, pp. 103 y s.

Esta argumentación aparece como un algo absolutamente cerrado, claro y preciso; mas sin embargo, pronto despierta en Kelsen un cierto horror por "la razón de cada juzgador individual": el jefe de la Escuela vienesa se ve entonces obligado a ocuparse nuevamente del problema de la decisión y al hacerlo se da cuenta de que es posible que el estudio teórico de la cuestión relativa al acto al que falta alguna condición nos haga ver en forma que resulta indubitable, que no es posible determinar, con absoluta certeza, particularmente en relación con ciertas faltas, si existe o no el vicio productor de la inexistencia jurídica. Al llegar a este punto, la Teoría pura del derecho ya no pudo detenerse y afirmó, como algo evidente, que en caso de duda respecto de la validez material de un acto, el estado tiene que dar preferencia a su propia opinión sobre la del ciudadano que dispute la validez del acto.

> Es dudoso —expresa Kelsen—,[29] que aun en esta hipótesis, el estado coloque su propia autoridad sobre la razón soberana del individuo. Pero, si se otorga al estado la facultad de castigar al ladrón, se le debe reconocer asimismo el derecho de establecer autoritariamente si la persona en cuestión es o no un delincuente.

Un paso más y la desgracia se habría abatido sobre la Teoría pura del derecho, pues el orden jurídico, en el que no ha sido posible disolver al estado, no puede ser reconocido como una unidad decisoria soberana.

Adolfo Merkl intentó evitar esta desgracia: partiendo de la Teoría pura del derecho pretendió arrancar al maligno estado, al estado hiedra, no siempre idéntico al derecho, una de sus múltiples cabezas. Con extremo vigor, si bien no siempre con un lenguaje preciso, el maestro de derecho administrativo emprendió la lucha contra aquella "visión mitológica, creatura polifacética, única figura con la cual se sienten a gusto los juristas, pues les permite, a pretexto de realizar estudios dentro de la ciencia del derecho, dedicarse a la política". La concepción polifacética del estado, continúa diciendo Merkl, es asimismo culpable de que la ciencia del derecho, "lamentablemente, si bien justo es decirlo, en forma inconsciente, haya degenerado en la teoría del derecho como fuerza".[30] Merkl disuelve la contradicción en

[29] Kelsen: *Obra citada*, pp. 92 y s.

[30] Merkl: *Die Lehre von der Rechtskraft* (*Doctrina del poder del derecho*), pp. 160 y 168, nota 1. Puesto que los partidarios de la Teoría pura del

que incurrió su maestro Kelsen colocando a la ciencia del derecho, "única autoridad competente", como la instancia decisoria a la que corresponde juzgar de las controversias que surjan entre un órgano del estado y un ciudadano; el autor de que nos ocupamos expresa que la incertidumbre acerca de la veracidad de las opiniones contradictorias se remite a la ciencia del derecho porque para decidir ese tipo de controversias "se requiere de un dato, que es, precisamente, la determinación sobre a quién pertenece el derecho". Continúa diciendo nuestro tratadista que desde el punto de vista formal, no material y no sólo para un caso concreto, sino en forma abstracta, debe decirse: "Es derecho aquello que la ciencia del derecho reconoce como tal." No obstante, el profesor austriaco acepta que subsiste "la necesidad política imperiosa" de imputar al estado actos contrarios al derecho y, en consecuencia, jurídicamente inexistentes; delante de este fenómeno, Merkl expresa que la ciencia del derecho no puede resolver por sí misma esa cuestión, por lo que es indispensable una determinación jurídico-positiva, a la que "considero como el equivalente de un cálculo equivocado". *L'enfant terrible* ha recibido un nombre, pero no sabemos qué puedan hacer con él los juristas. Más aún, Merkl no nos indica qué es lo que debe decir aquella norma jurídica que permite reconocer como jurídicamente válidos actos que no coinciden con el derecho.[31]

Creemos, colocándonos dentro del pensamiento matemático-naturalista de la Escuela kelseniana, que la fórmula de la norma jurídica, no definida por Merkl, debería decir, poco más o menos:

> todos los actos jurídicos de este orden jurídico valen únicamente por determinación de la voluntad soberana del estado, la cual, mediante sus decisiones, puede incluir dentro de la suma total de sus actos aun aquellos a los que falte algún requisito de validez. *Quod erat demostrandum*!

Vale la pena detenernos en el significado de la persona estatal soberana, instancia decisoria universal, que puede decidir *contra legem* si se presentan determinados presupuestos, ejemplificando, nada menos, que con la constitución que tuvo por autor al jefe

derecho, según sabemos, no pueden distinguir entre validez lógica y validez ético-jurídica, se debe preguntar si la prostitución no culpable es una violación de normas lógicas o éticas.

[31] *Obra citada*, p. 266 y nota 1. Además, pp. 289 y s. y 293.

de la Escuela vienesa: fácilmente se comprenderá que la Constitución de la República Austriaca de mil novecientos veinte, de la que Kelsen fue autor, no conozca *el estado de emergencia.* Orgullosamente hace notar el creador de la Teoría pura del derecho, que el artículo 142, párrafo segundo de la Constitución, suprimió toda posibilidad de decretar un estado de emergencia. [32] Sin embargo y no obstante la corta vida de la Constitución, el gobierno de Viena tuvo oportunidad de decidir, en un caso concreto, en contra de la Ley fundamental; a este efecto, adujo como argumento, precisamente, la existencia de un estado de emergencia; este proceder fue objeto de una queja posterior, por violación de la Constitución, que fue sin embargo rechazada por la mayoría parlamentaria. El hecho tiene interés para nosotros desde el punto de vista siguiente: en la tarde del día treinta de junio de mil novecientos veintiséis, el presidente del Banco Nacional Austriaco hizo notar al gobierno, que sin una intervención inmediata, en relación con un artículo publicado en un periódico, era de temerse un desplome del Banco Central de las Cajas de Ahorro alemanas, lo que implicaba un peligro grave para muchas Cajas de Ahorro y para las Cajas Raiffeisen de todo el territorio austriaco, que tenían depósitos importantes en la Banca Central. A fin de evitar la temida catástrofe, decidió el gobierno, esa misma tarde y sin consultar al Consejo Nacional, sostener a la Banca Central con una suma de dinero equivalente a sesenta y dos y medio millones de schillings, suma de dinero que, según hizo notar la oposición en la queja a que hicimos referencia, equivalía a la décima parte de la totalidad de los impuestos austriacos. El gobierno sostuvo que, dadas las circunstancias de tiempo, habría sido imposible convocar al parlamento para que aprobara la acción gubernamental. El orador de la oposición calificó la acción gubernamental de "un verdadero atentado a la estructura total de la Constitución de nuestro estado federal". [33] El canciller del estado, al defender la medida, habló de "un estado de emergencia sumamente grave, por lo que el gobierno obró, no arbitrariamente, sino bajo la presión de la más amarga necesidad"; agregó el canciller que si la catástrofe tenía que im-

[32] *Österreichisches Staatsrecht* (*Derecho público austriaco*), p. 92.
[33] Sesión número 156 del Consejo Nacional, de 31 de agosto de 1926.

pedirse, "habría sido imposible convocar al Parlamento, dadas las circunstancias de tiempo". "Existía", dijo el canciller, "un peligro grave para nuestra economía y para la confianza que nos dispensa el extranjero; en pocas palabras, estaba en peligro nuestra economía".[34] Además, en apoyo de su medida, el gobierno citó el artículo sexto, párrafos doce y trece de la reforma constitucional de veinticuatro de julio de mil novecientos veinticinco, que simplificó las leyes y medidas administrativas a fin de facilitar la actividad de los empleados. Pero esta interpretación, posible tal vez en atención al simple significado gramatical de la reforma constitucional, era, según hizo notar el orador de la oposición, "una violencia al espíritu y a la posición general de la reforma". "El acto gubernamental", concluyó el orador, "fue mucho más lejos de lo que permitía el artículo 14 de la antigua Constitución Imperial de Austria".[35]

Pero aun aceptando los presupuestos aducidos por el gobierno austriaco, a saber, la existencia de un estado de necesidad pública, aun así, estaríamos ante un acto estatal contrario al derecho. Ahora bien, si la validez jurídica del acto es para nosotros dudosa, la Teoría pura del derecho no sólo debió enjuiciar al gobierno, sino que, además, debió declarar el acto inexistente. La verdad es que la representación magisterial del pueblo, como poder ejecutivo, tuvo que decidir acerca de la supremacía entre el respeto de los intereses contemplados en una de las normas constitucionales más importantes y la salvaguarda de los intereses que únicamente podían protegerse mediante la violación de la norma constitucional. Pero medir el valor de los intereses y decidir en contra del orden jurídico en los casos de necesidad pública, puede únicamente hacerse por una unidad de voluntad y en manera alguna por el orden jurídico mismo. Por tanto, podemos concluir que en la República austriaca, no obstante la vigencia de la Constitución elaborada por Kelsen, se dio un estado que no puede identificarse con el orden jurídico, pero que constituía, no obstante, una unidad decisoria soberana universal.

[34] *Obra citada*, pp. 3805 y ss.
[35] *Obra citada*, p. 3812.

II

LA SOBERANÍA CUALIDAD ESENCIAL DEL ESTADO

EL ESTADO ES UNA UNIDAD DECISORIA UNIVERSAL PARA UN TERRITORIO determinado y, consecuentemente, es soberano; de ahí deriva su peculiaridad. Es posible que dos ejércitos luchen por establecer sus respectivas soberanías sobre un territorio determinado, en cuyo caso, el jurista tendrá que aceptar la existencia de una lucha por la soberanía, que durará hasta la terminación de la guerra. Es en cambio imposible aceptar que sobre un mismo territorio existan dos unidades decisorias supremas; su existencia significaría la destrucción de la unidad del estado y su consecuencia sería el estallido de la guerra civil.

Este concepto del estado no demandaría nuevas explicaciones si no fuese porque el análisis de la naturaleza del estado federal condujo, desde mediados del siglo pasado, a una nueva doctrina del estado, contradictoria con las ideas que venimos sustentando: nos referimos a la tesis, ampliamente generalizada, del *estado no-soberano*. Nos parece innecesario reproducir los desarrollos doctrinales de la polémica en torno a esta idea del estado no-soberano, pues, por una parte, han sido expuestos profusamente [1] y, por la otra, numerosos polemistas han rebatido exitosamente aquella doctrina.

El punto de partida y la formulación de la pregunta base de la discusión, arrancan de un equívoco: tenemos que partir de la afirmación indubitable de que, en la época presente, el estado federal, como totalidad, es un estado soberano, esto es, es una unidad que decide universalmente dentro de un territorio determinado; si no fuese así, habría que desnaturalizar de tal manera el concepto del estado, que la característica que la doctrina atribuye al estado llamado unitario resultaría inservible. Por tanto, siempre que dentro de un territorio determinado se dé una unidad decisoria universal, cualquiera sea la manera como se forme su

[1] La última exposición acerca del estado actual de la polémica se encuentra en Nawiasky: *Bundesstaat als Rechtsbegriff* (*El estado federal como concepto jurídico*).

voluntad, tenemos que atribuirle indefectiblemente la categoría de estado.

Es conveniente, no obstante, formular correctamente el problema, a fin de poder analizarlo en todos sus aspectos: ¿Puede aplicarse a los estados miembros de un estado federal el concepto que se usa invariablemente para caracterizar a éste? Si aceptamos que dentro de un mismo territorio no puede ejercer el poder sino un solo estado, resulta que el federal, formado por varios estados, pertenecería, no como cree Jorge Jellinek a las excepciones aparentes, sino que sería una excepción absolutamente incomprensible e inexplicable. Únicamente una doctrina, cuyo concepto de estado necesita abarcar dos fenómenos de naturaleza distinta y que, además, no ha podido comprender el verdadero sentido de las corporaciones territoriales, puede contentarse con el sofisma, absolutamente claro, de que sobre un mismo territorio puedan ejercer el poder conjuntamente el estado federal y los estados miembros. Semejante solución haría también insoluble el problema de la naturaleza del municipio como corporación territorial.[2] La verdad es que los estados miembros, como las provincias y los municipios, son, de acuerdo con su naturaleza, unidades territoriales decisorias particulares, en tanto el estado federal, de la misma manera que todos los estados unitarios, es, según su naturaleza, una instancia decisoria universal.

Son consideraciones de índole política las que han conducido a la utilización del mismo término para designar a ciertas unidades decisorias particulares y a las unidades decisorias universales. Teóricamente se falsean los conceptos de estado y de soberanía cuando se incluyen al estado miembro y al estado federal dentro de la misma categoría conceptual y cuando se atribuye a ambos la soberanía; pues, o el estado miembro es potencialmente competente, pero sin excepción alguna, para adoptar cualquier decisión dentro de su territorio, en cuyo caso no se encuentra dentro de la "unión federal que domina a los estados miembros"[3] y, en consecuencia, es un estado soberano, o está subordinado en algún punto de sus decisiones a otra unidad universal, pero, en esta hipótesis, no constituye una unidad soberana, por lo que la denominación de estado adquiere en él una

[2] Jellinek: *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), pp. 396 y s.
[3] Jellinek: *Obra citada.*

significación esencialmente distinta de la que corresponde a la unidad federal que está encima de él.

Para los fines de nuestro estudio, no es necesario entrar a considerar si las condiciones que determinan la formación o persistencia de los estados miembros son esencialmente distintas de las que rigen para un estado soberano.[4] El estado miembro puede no disfrutar, ni de una verdadera autonomía constitucional, ni de una auténtica autonomía legislativa; en el campo de la administración, y en algún punto de sus decisiones, tiene que estar sujeto a cierta vigilancia del estado federal; finalmente, la justicia tiene también que estar centralizada fuera de su territorio en algunos aspectos. Estas características, indispensables en la estructura del estado federal, se desprenden de uno de sus caracteres, a saber, de su naturaleza como instancia decisoria unitaria. Podrá intentarse, cuantas veces se desee, la descripción de los estados miembros como unidades coordinadas con el estado federal;[5] los intentos fracasarán tan pronto se considere que la constitución total, que está sobre los estados miembros y sobre el estado federal, puede únicamente considerarse cerrada y completa en cuanto es llenada por unidades de voluntad vivas, por lo que los conflictos de límites y competencias que surjan entre ellas tiene que decidirse por una unidad decisoria universal, sin que pueda aceptarse que dichos conflictos quedaron resueltos, de una vez por todas, en la propia constitución. En consecuencia, el estado federal es un estado, usando éste término en su acepción plena, en función de que, por mediación de su poder judicial, de su presidente o de cualquiera otra instancia federal, puede decidir autoritariamente en los casos de conflictos, a quién pertenece el derecho. Por estas mismas razones, la intervención coactiva en contra de un estado miembro que no cumple sus deberes jurídicos es, para el estado federal, un acto de ejecución, lo que a su vez significa que no se está en presencia de una acción de guerra, o expresado en otros términos, la oposición armada de un estado miembro es una rebelión y no una guerra. Una instancia que no puede negar su decisión, cualesquiera sean las circunstancias del caso y que posee la facultad de imponerla,

[4] Consúltese lo que decimos en la p. 263.

[5] En este sentido, Nawiasky: *Obra citada*, pp. 25 y ss. Kelsen: *Fleinerfestschrift* (*Libro homenaje a Fleiner*), pp. 132 y ss.

aun cuando sea provisionalmente, decisión que, por lo demás, puede ser *intra, praeter* o *contra legem*, es una instancia que está colocada por encima de cualesquiera otras instancias del territorio de que se trate. Según la opinión de Nawiasky, toda ejecución coactiva del estado federal contra sus miembros, que no encuentre apoyo en la constitución, ni esté en contradicción con las normas de la ley fundamental, conduce a las mismas consecuencias que se producen en el derecho internacional cuando se ejerce coacción contra un estado independiente; si esta opinión, que ha permanecido solitaria, fuese cierta, el estado federal no sería un verdadero estado, ni una unidad decisoria universal.[6] Así, a ejemplo, la Constitución de Suiza no reglamenta la ejecución federal, pero la doctrina se ha visto obligada a interpretar el texto constitucional como si contuviera el principio de ejecución a favor de la Confederación.[7]

La doctrina que sustentamos respecto del estado y de la soberanía no puede encontrar mejor comprobación que la que deriva

[6] Nawiasky: *Obra citada*, pp. 90 y 98. Kelsen: *Fleinerfestschrift* (*Libro homenaje a Fleiner*), pp. 175 y ss., pretende evitar esta consecuencia mediante una ejecución paritaria a cargo del estado federal y de los estados miembros. La paridad se alcanza con la creación de dos órganos, un tribunal de decisión compuesto de elementos federales y locales y un órgano ejecutivo con una composición idéntica, pero, sobre todo, "al través de la substitución de la responsabilidad colectiva y objetiva por la responsabilidad individual y culposa de los órganos estatales violadores del orden total". Nunca antes había producido la teoría pura del derecho algo tan grotesco. Si hacemos a un lado el hecho de que ciertas intervenciones tendrán que efectuarse en momentos que no permiten dilaciones y pasando por alto la idea realmente graciosa de un tribunal ejecutivo en contra de los ejércitos, falta todavía preguntar cómo imagina Kelsen esta instancia representativa para la responsabilidad individual. Será preciso poner en prisión al presidente, al canciller, a los ministros, al parlamento y aun a los electores. Y en efecto, el padre de la Constitución austriaca, en el artículo 102, fracción I, reglamentó la responsabilidad del gobernador de un estado y de sus empleados respecto de la administración federal, en los términos siguientes: si el gobernador no obedece las instrucciones del gobierno federal o de alguno de sus ministros, puede ser acusado ante el parlamento, de conformidad con el artículo 142, fracción IV, y, en determinadas circunstancias, separado del cargo. Pero este procedimiento puede conducir a la separación de todos los miembros del gobierno local. ¿Qué es lo que ocurre en esta hipótesis? Consúltese la exposición, extraordinariamente confusa, que aparece en la obra de Kelsen: *Staatslehre* (*Teoría del estado*), pp. 310 y ss.

[7] Consúltese: Fleiner: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (*Derecho público federal suizo*), pp. 56 y ss. Burckhardt: *Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung* (*Comentario de la Constitución federal suiza*), p. 699. Schollenberger-Zoller: *Bundesstaatsrecht* (*Derecho público federal*), pp. 115 y s.

de los cambios operados en la teoría y en la práctica del estado federal norteamericano, a consecuencia, nótese bien, de la guerra de secesión. Una conocida sentencia de mil setecientos noventa y tres, dice:

> Every State in the Union, in every, I considerer to be as completely sovereignty, as the United States instance, where its sovereignty has not been delegated to the United States are in respect to the power surrendered. The United States are sovereign as to all the powers of the government actually surrendered; each state in the Union is sovereign, as to all the powers reserved.[8]

Sin embargo, en mil ochocientos setenta y nueve, escuchamos al juez describir con palabras certeras la función decisoria universal que corresponde a la corporación territorial:

> We hold to be an incontrovertible principle that the government of the United States, may by means of physical force, exercised through its official agents, execute on every fact of American soil the powers and functions that belong it. This necessarily involves the power to command obedience to its laws, and hence the power to keep the peace to that extent.[9]

Según la Constitución federal norteamericana, que asegura a los miembros de la Unión un alto grado de autonomía, el estado federal no solamente es una instancia jurídica universal, sino, además, una unidad decisoria *intra, extra* y aun *contra legem.* No obstante la décima enmienda de la Constitución federal, la Corte Suprema de Justicia, en aplicación de los llamados *implied powers,* ha aceptado la continua ampliación de la competencia federal.[10] Es suficientemente sabido que una ley constitucional del congreso federal priva sobre la ley local que la contradice; se sabe asimismo que el presidente de la federación, cuando en un estado miembro se forman dos gobiernos que pretenden ser igualmente legítimos, puede reconocer a uno u otro y, además, previo reconocimiento del gobierno reconocido, protegerlo con la fuerza militar federal.[11] Teórica y prácticamente es de mayor importancia el hecho de que los actos de los poderes federales contrarios a la Constitución son únicamente anulables y aun

[8] *Crisholm vs. Georgia 2 Dallas* (U.S. Supr. Ct.) 419, 435.

[9] *Ex parte Siebold* 100 U.S. 371.

[10] De gran significado para la ampliación de la competencia del Estado Federal mediante reformas a la Constitución, es *The National Prohibition Cases* 253. U.S. 350 (1919).

[11] Consúltese el Informe del presidente Tyler de 29 de abril de 1844, en el *Caso: Rhode Island.*

esto sólo por la justicia federal, en tanto los actos de un estado miembro contrarios al derecho son nulos *ipso iure* e implican una rebelión en contra del estado federal, por cuya razón puede éste destruirlos por medio de la fuerza.[12] En un sentido estricto no debería hablarse de autonomía constitucional de los estados miembros, pues el artículo cuarto, párrafo cuarto de la Constitución federal, les impone la forma republicana de gobierno; y la enmienda quince les prohíbe restringir el ejercicio del voto por motivo de raza, color o de esclavitud anterior. En resumen, si la Unión Federal Norteamericana ha de ser considerada un estado, en la acepción plena de la palabra, los estados miembros deben estarle subordinados en los aspectos decisivos.[13]

Ahora bien, si los estados miembros de un estado federal son unidades decisorias particulares y están subordinados a una unidad universal de decisión, ¿cómo podemos distinguirlos de las restantes corporaciones territoriales particulares? ¿Existe algún criterio jurídico que permita distinguir con precisión al llamado estado no-soberano de una provincia o de un municipio? Si nos atuviéramos a la literatura salida de las mejores plumas de las dos últimas generaciones, habría que contestar negativamente la pregunta: todo intento destinado a distinguir el estado de las restantes corporaciones territoriales que deje de lado el concepto de soberanía, está irremisiblemente condenado al fracaso.[14] Cuando Jorge Jellinek habla del estado no-soberano y afirma que el poder estatal "no es poder de mando derivado, sino poder de mando por fuerza propia y, consecuentemente, por derecho propio" y cuando define la soberanía diciendo que es, "exclusivamente, la facultad de auto-determinación jurídica" y cuando agrega que también el estado no-soberano puede, por voluntad propia, determinarse y auto-obligarse;[15] y cuando Paul Laband, desde la primera edición de su libro, *Reichsstaatsrecht* (Derecho público del Imperio) pretende encontrar la diferencia entre es-

[12] Bryce: *Amerika als Staat und Gesellschaft* (*América como estado y sociedad*), tomo I, pp. 195 y 198.

[13] Consúltese para la teoría americana contemporánea, Thompson: *Federal Centralization*, 1923 y, especialmente, H. P. Judson: *Our Federal Republic*, 1925.

[14] Consúltese, para este problema, la crítica de Kelsen: *Souveränität* (*La Soberanía*), pp. 56 y ss.

[15] Jellinek: *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), pp. 489 y ss. y 495.

tado y municipio en el hecho de que el primero tiene un poder jurídico público por derecho propio, esto es, "un derecho propio de mando" y "una voluntad de mando independiente";[16] en todas estas expresiones, que son variaciones de una misma característica, la cuestión consiste en saber qué significan los términos *propio, no derivable, independiente,* etcétera. Gierke y Rosin han demostrado que lo opuesto a *derecho propio* no puede ser sino *derecho extraño,* por lo que, desde este punto de vista, los municipios tienen también en todo caso, dentro de su radio de actividad, un *derecho propio.*[17] Pero si, según Laband, no debe reputarse como decisivo para la distinción el poseer un *derecho propio,* sino un *derecho propio de mando,*[18] resulta que este derecho, no derivado e independiente, debe significar, bien un *poder soberano,* en cuyo caso los términos mencionados son adecuados para caracterizar el concepto de soberanía, pero no son aplicables a los estados miembros, o bien el radio de actividad propio de una corporación territorial. Esta última idea es la única que puede aceptarse como característica de los estados miembros, máxime si se admite, según la expresión del mismo Laband, que "el estado miembro es jefe cuando se mira hacia abajo y súbdito si dirigimos la mirada hacia arriba";[19] esta fórmula es sin duda alguna correcta y puede aplicarse legítimamente a todo sujeto de derecho que forme parte del engranaje de una unidad decisoria universal. Para la decisión del problema que nos ocupa, es irrelevante la amplitud del derecho de auto-determinación; pues, en la jerarquía de la unificación de las voluntades, a la que damos el nombre de estado, la diferente amplitud de la libertad de auto-determinación es puramente cuantitativa, desde la persona individual hasta el estado miembro. Únicamente en el punto último de la pirámide, quiere decir, exclusivamente en la unidad decisoria universal, la diferencia se torna de cuantitativa en cualitativa; pues sólo el estado soberano es jefe hacia abajo y ya no súbdito hacia arriba. Todos los sujetos de derecho, con la sola excepción de la unidad decisoria universal, tienen un dere-

[16] Laband: *Staatsrecht* (*Derecho público*), primera edición, tomo I, p. 106 y quinta edición, tomo I, p. 65.

[17] Gierke: *Schmollers Jahrbuch* (*Anuario Schmoller*), tomo VII, pp. 1163 y ss. Rosin: *Annalen des deutschen Reiches* (*Anales del Imperio Alemán*), 1883, pp. 279 y ss.

[18] Laband: *Obra citada,* tomo I, p. 66.

[19] Laband: *Obra citada,* tomo I, p. 59.

cho propio y un derecho de mando, pero lo poseen como una derivación jurídica de la unidad decisoria universal, si bien no siempre históricamente como algo posterior. Sin esta concepción jurídica, las relaciones de dependencia de los estados miembros frente al estado federal serían incomprensibles e inexplicables. Y tampoco podría explicarse jurídicamente el hecho consistente en que no puede existir en el interior de una unidad decisoria universal un solo sujeto de derecho que, en caso de peligro, no esté expuesto a ser aniquilado. Esta tesis, aceptada uniformemente para todos los demás sujetos de derecho, es rechazada sin embargo en el caso del estado miembro.[20] Pero si la ejecución federal, esto es, la ejecución emprendida por una unidad decisoria universal, apoyada en una disposición jurídica, no es una guerra, sino ejecución federal, quiere esto decir que la destrucción de un estado miembro es una posibilidad tanto teórico-jurídica como práctica.

Tomando en consideración las explicaciones que anteceden y las deducciones obtenidas, resulta una exigencia de la claridad científica la reservación del término *estado* para la unidad decisoria universal. Ciertamente, no puede constituir un objetivo de la ciencia del derecho "la destrucción de la terminología que el uso pre-científico haya creado"[21] en ocasión de cada problema; sin embargo, algo debe intentarse: resulta teóricamente inadmisible designar con la misma palabra dos conceptos tan distintos como son una unidad territorial decisoria universal y una particular. Debe pues proponerse algo: la corporación territorial particular podría designarse con el término *país* o, por lo menos, con el de *estado miembro*, pero nunca con la sola palabra *estado*; si se acepta esta terminología, adquiriría validez definitiva la idea de que el estado y el estado miembro son dos figuras esencialmente distintas.

Concluyendo diremos que si se aceptan los anteriores conceptos de estado y de soberanía, resulta imposible atribuir a los estados miembros los caracteres que pertenecen al estado.[22]

[20] Consúltese, en contra, Jacobi: *Rechtsbestand des deutschen Bundesstaaten* (*Condición jurídica del estado federal alemán*), pp. 110 y ss.

[21] Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), p. 54.

[22] En este mismo sentido, Treitschke: *Politik*, tomo I, p. 40, y tomo II, pp. 323 y ss. Zorn: *Tübinger Zeitschrift* (*Revista de Tubinga*), 1881, pp. 317 y ss. Borel: *Sur la Souveraineté et l'Etat Fédératif*, pp. 173 y ss. Le Für: *État Federal et Conféderation d'États*, pp. 589 y ss., y 673 y ss. Última-

La objeción consistente en que, en estas condiciones, no se puede elaborar la teoría del estado federal, no es válida; la organización descentralizada ofrece a los estados miembros una posición jurídica que se diferencia ampliamente, desde el punto de vista jurídico-positivo, de la que corresponde a las simples provincias. Esta distinta posición comprende, de un lado, la participación importante de los estados miembros en la formación de la legislación federal y, del otro, las disposiciones legales del estado federal que otorgan a los estados miembros toda una gama de oportunidades de propia administración, mismas que se encuentran centralizadas en otras formas estatales.

mente, además de Kelsen, Thoma: *Handwörterbuch der Staatswissenschaft* (*Diccionario de la Ciencia del Estado*), tomo VII, pp. 737 y s.

CAPÍTULO SEXTO

LA SOBERANIA DEL ESTADO Y EL PROBLEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL

SOBERANÍA Y POSITIVIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La concepción del derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberanas, está de antemano y necesariamente destinada al fracaso. El derecho internacional existe únicamente en la medida en que, por lo menos, están presentes dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas. Desde este punto de vista, la idea del estado soberano es un presupuesto necesario del pensamiento internacional; por lo contrario, la idea del derecho internacional no es presupuesto indispensable para el pensamiento estatal. La *civitas maxima* o el estado que pudiera aislarse dentro de la murralla china, serían unidades decisorias soberanas y existirían sin necesidad de la existencia o vigencia de un derecho internacional; en cambio, un derecho internacional sin estados soberanos es impensable. Una unidad decisoria planetaria, universal y efectiva, transformaría al derecho internacional en derecho estatal y sería soberana en el más eminente sentido de la palabra. Nos proponemos demostrar en las páginas restantes de este libro que la soberanía del estado no es un impedimento para la existencia del derecho internacional, sino, por lo contrario, su presupuesto ineludible.

Adoptamos como principio de nuestra investigación la tesis de que el estado es soberano; esta fórmula significa que el estado es una unidad territorial decisoria universal y efectiva, tanto en su interior como hacia el exterior. La potencialidad universal de la decisión implica supremacía e independencia jurídicas. Decir que un estado es soberano significa que es una unidad decisoria universal dentro de su territorio. Ahora bien, la existencia de una unidad decisoria universal no permite, esto es, prohíbe, el desgarramiento de la soberanía en una soberanía jurídico-estatal y en otra soberanía de derecho internacional.[1] En la medida

[1] En este sentido, recientemente, Morrellet: *Revue Fauchille,* 1926, pp. 109 y ss. Consúltese, además, Schücking-Wehberg: *Satzung des Völker-*

en que esta división significara exclusivamente la presencia de dos aspectos de una misma soberanía, nada habría que objetar, pero es preciso no perder nunca de vista que la idea de un poder decisorio supremo y universal implica necesariamente la existencia de una sola y nunca de dos realidades.

La soberanía del estado es un fenómeno político-jurídico y en manera alguna un puro fenómeno de la naturaleza. Esta afirmación significa, e infortunadamente muchos juristas y escritores lo ignoran, por una parte, que la soberanía es una relación entre una unidad de voluntad y el derecho positivo y, por la otra y negativamente, que la idea de soberanía no hace referencia a relación alguna entre la unidad de voluntad y otras normas o fuerzas sociales. A ninguna persona se le ha ocurrido concebir al estado como *prima causa*.

La idea de soberanía, entendida como la universalidad de la decisión para un territorio, permite comprender fácilmente que el concepto jurídico-político de supremo de ninguna manera quiere decir *único*. Sólo el racionalismo jurídico, que niega la relación entre derecho positivo y territorio, que disuelve al estado en el derecho y que transmuta el orden jurídico concreto e individualizado en el derecho abstracto de la ciencia del derecho, tiene que concluir que la soberanía de un estado excluye la soberanía de otros estados.[2]

La universalidad territorial de la decisión implica asimismo el carácter absoluto y superlativo de la soberanía, conclusión ésta que la casi totalidad de la doctrina contemporánea parece no haber comprendido. Pero no obstante esta incomprensión del problema, es necesario afirmar que la *soluta potestas*, aun frente al derecho, es el elemento que determina la naturaleza de la soberanía.

Ahora bien, la relación dialéctica entre soberanía y positividad, incomprensible para el formalismo logicista, parece provocar una grave dificultad, a saber, que la unidad decisoria soberana debe pensarse ligada por el derecho internacional y, por otra parte y en cierta dirección, debe considerarse libre.

bundes (*El Estatuto de la Sociedad de las Naciones*), p. 181, quien admite la posibilidad de un estado "en el interior, totalmente libre, pero absolutamente dependiente hacia el exterior".

[2] En este sentido, Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), p. 188. Antes de Kelsen, en la misma dirección, Nelson: *Rechtswissenschaft ohne Recht* (*Ciencia del derecho sin derecho*), p. 60.

Toda la problemática del derecho internacional, desde Grocio hasta Locarno, se funda, por una parte, en el imprescindible concepto de soberanía y, por otra, en la sujeción normativa del sujeto de la soberanía al derecho internacional. A la terminación de la Primera Guerra Mundial, con la ereción de la Sociedad de las Naciones, de la Corte y de una jurisdicción internacionales, el problema se ha visto complicado, si bien creemos no se han modificado sus aspectos fundamentales. Frente al dilema, *soberanía absoluta del estado* o *validez absoluta del derecho internacional,* el jurista que estudia serenamente la realidad no puede dudar sobre cuál de los dos términos es más problemático desde los puntos de vista sociológico y jurídico, a saber, la existencia de unidades territoriales decisorias o su absoluta sujeción por el derecho internacional. Puede imaginarse la formación futura de una *civitas maxima*; pero en todo caso, y más aun para el grado de desarrollo de la sociedad contemporánea, se requiere un orden jurídico positivo, cuya vigencia y seguridad son impensables sin la existencia de una unidad territorial decisoria universal y absoluta. Puede sonar a paradoja, pero es una verdad incontrovertible: la existencia o positividad de un orden jurídico están condicionadas por la existencia o facticidad de una unidad decisoria que pueda violarlo en casos de necesidad. Si se reconoce como presupuesto de la positividad del derecho la existencia de una unidad decisoria individualizadora del derecho, al que, además, proporciona validez, debe asimismo aceptarse que esa unidad decisoria, cuando vea amenazada su existencia por alguna causa, puede, a fin de salvar el orden jurídico como totalidad, lesionarlo en algunos de sus aspectos, esto es, debe ser *legibus soluta potestas.* Ciertamente, la voluntad decisoria que determina y mantiene la validez del derecho, está ligada por normas jurídicas fundamentales, pero delante de las normas jurídicas positivas es y permanece indispensablemente el elemento condicionante. Únicamente la creencia en los milagros que comparte la metafísica racionalista, puede negar la fórmula que antecede, pues sólo un milagro lleno de sabiduría y todopoderoso podría, de una vez y para toda la eternidad, individualizar la suma total de

las normas del derecho positivo necesarias en aquel momento y para siempre, y no obstante las mutaciones de la historia, para la conservación y progreso de la humanidad y de los derechos de los hombres. Pero para quien no acepte esta creencia, en verdad increíble, resulta imposible disolver al estado en el derecho y, a la inversa, el estado se conserva como una unidad soberana frente al derecho positivo.

El principio de la soberanía del estado se conserva en el derecho internacional, en primer término, porque no existe ni puede existir una norma jurídico-positiva internacional capaz de decidir sobre el ser o no ser del estado. Además, antes de que exista una sola norma de derecho internacional tienen que existir, por lo menos, dos estados. La norma jurídica internacional, individualizada por la voluntad común de los dos estados, puede únicamente persistir a condición de que los dos estados subsistan con su carácter de unidades decisorias universales e independientes el uno del otro. En consecuencia, la norma jurídica internacional positiva tiene como presupuesto inquebrantable la soberanía de los estados; ese presupuesto es el que determina en el campo jurídico la validez de la norma y, especialmente, la posibilidad de su reforma. Pero si el cumplimiento de la norma jurídica internacional pusiera en peligro la existencia misma de alguno de los estados, no existe en el mundo jurídico, ni podría postularse, una sola norma que pudiera servir de base para decidir justificadamente, en contra de la voluntad del estado en peligro, acerca de su existencia. Es evidente que en el derecho estatal no puede haber una norma de esta naturaleza, pero tampoco puede darse en el derecho internacional, pues resulta evidente que los dos estados, para el caso de un conflicto relativo a la existencia de alguno de ellos, deberían contar de antemano con una respuesta para la pregunta respecto a cuál de los estados corresponderá decidir. Pero es asimismo evidente que esta respuesta significaría que uno de los dos estados fue elevado a la categoría de unidad decisoria superior, lo que, a su vez, sería la prueba rotunda de que se había disuelto el presupuesto del derecho internacional y, además, de que se había creado una *civitas maxima.*

Los filántropos contemporáneos, que ven en la soberanía del estado un escollo para la elaboración del derecho internacional, deberían meditar en lo que dice Kant en su ensayo, *La paz perpetua*:

> La idea del derecho internacional presupone el aislamiento de muchos estados vecinos, independientes unos de otros.

Y adelantándonos a explicaciones posteriores, podemos continuar citando al filósofo de Königsberg;

> No obstante que la situación señalada es, en sí, un estado de guerra (quizá la unión federativa de los mismos estados no haría sino precipitar la enemistad), resulta sin embargo más conforme a la razón que la reunión de los estados en una monarquía universal, lograda mediante el encumbramiento de la fuerza de alguno de ellos sobre los demás. Las leyes pierden eficacia con el crecimiento del ámbito de acción del estado; y un despotismo carente de espíritu, después de destruir los gérmenes de la bondad, acaba en la anarquía. [3]

II

LAS PECULIARIDADES DEL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

La validez o positividad del derecho se funda, de un lado, en el valor ideal de las normas jurídicas fundamentales y, del otro, en la facticidad de una unidad decisoria última que otorgue a las normas, dentro de las posibilidades jurídicas fundamentales, una cierta determinación o individualización que, a su vez, haga posible la práctica de una conducta normativa. La validez del derecho internacional se distingue de la que corresponde al derecho estatal por cuanto la unidad decisoria que establece, mantiene y destruye la validez del derecho, no es distinta de las voluntades de aquellos a quienes obliga el derecho internacional, esto es, no es una unidad colocada sobre los obligados la que crea e impone el derecho, sino que es la unión de voluntades de aquellos a quienes se dirige la norma. En consecuencia, puede aceptarse la tan combatida fórmula del profesor Triepel:

[3] Kant: *Sämtliche Werke* (*Obras completas*), edición *Vorländer*, tomo VI, p. 147.

La fuente del derecho internacional puede únicamente ser la unidad de voluntad formada por la unión o el cruzamiento de las voluntades de varios o muchos estados.[1]

Considerada esta fórmula en sí misma, oculta sin duda el peligro de una unilateralización del problema de la validez del derecho internacional en favor de la facticidad. Pero Triepel, en oposición a lo que piensan sus críticos, vio claramente el dualismo de voluntad y norma, visión que se prueba, en primer término, con la observación que hizo en el sentido de que su concepto de *unión* debía entenderse como "la declaración de aquellos que se unen de que una determinada norma debe ser considerada como jurídica";[2] y en segundo término, con la siguiente frase que nos parece excelente: "El fundamento normativo de la validez del derecho no radica en el derecho positivo."[3] Con esta última observación, se demuestra que Triepel lanzó su mirada más allá del equivocado positivismo de su tiempo.

La validez del derecho internacional está fundada en la voluntad común de los estados y en la validez de las normas jurídicas fundamentales, de lo que resulta, de manera evidente, que la norma jurídica individualizada por la voluntad común de los estados se encuentra a la vez sobre ellos y, en todo tiempo, a su disposición o arbitrio. De lo expuesto se deduce, sin género alguno de duda, que la doctrina no ha agotado el problema de la validez del derecho internacional y que únicamente hemos encontrado un punto de partida. Conviene precisar, desde ahora, que ni la teoría de la propia obligación, ni la teoría pura del derecho pueden llegar a un derecho internacional positivo: sostiene la primera que el estado está sometido al derecho internacional, pero "únicamente por su propia voluntad",[4] con cuya afirmación desconoce la naturaleza del derecho; éste, según es suficientemente sabido, constituye una liga normativa e intersubjetiva de voluntades; de ahí que la doctrina de la propia voluntad no pueda construir la validez objetiva del derecho internacional.

[1] *Völkerrecht und Landesrecht* (*Derecho internacional y derecho nacional*), p. 32.

[2] Obra citada, p. 63, nota 1. Kaufmann ha tratado correctamente la distinción entre contrato y acto-unión: *Das Wesen des Völkerrechts* (*La esencia del derecho internacional*), pp. 160 y ss.

[3] *Obra citada*, p. 82.

[4] Jellinek: *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), p. 479. Consúltese la crítica de Triepel: *Obra citada*, pp. 77 y 166.

La Teoría pura del derecho, que combate la doctrina anterior con "apoyo en una norma jurídica", puede, ciertamente, relacionar las declaraciones de voluntad de los diferentes estados para formar una unidad jurídica,[5] pero no puede probar, según lo hemos demostrado en los capítulos que anteceden, la existencia de la *norma de base* y, en consecuencia, tampoco puede alcanzar la positividad del derecho internacional. La teoría de la propia obligación significa la unilateralización del problema de la validez del derecho internacional del lado de la facticidad, en tanto la teoría pura del derecho lo hace en beneficio de una idealidad abstracta.

La creación y aplicación del derecho internacional presupone la existencia de estados independientes. Desde los tiempos de Grocio, Bynkershoek y Vattel, se acostumbra referir asimismo la validez del derecho internacional a un contrato tácito, *pactum tacitum*, o en el lenguaje de Vattel, a *une convention tacite.*[6] La aparente contradicción en que se encontraría esta teoría contractualista con la llamada teoría de la sumisión se disuelve fácilmente con sólo considerar que los actos de voluntad de los estados, vistos como actos de aplicación del derecho, tienen que ser concebidos como la aplicación de normas jurídicas fundamentales y en manera alguna como actos de civilidad o cortesía (*comitas gentium*) o como actos destinados a la creación de la norma jurídica. En tanto el cumplimiento de la norma sea un simple efecto de los convencionalismos sociales, no podrá hablarse de una relación jurídica. Dentro del campo del derecho consuetudinario, el primer acto de aplicación, pensado como jurídico, no es, sin embargo, la aplicación de una norma jurídica,[7] sino su positivización, realizada dentro del supuesto de que los demás estados se conducirán de la misma manera en cumplimiento de

[5] En este sentido Verdross: *Obra citada*, p. 20.

[6] Grotius: *De jure belli ac pacis* (*Del derecho de guerra y de paz*), edición Bynkershoek: *Questiones juris publici* (*Cuestiones de derecho público*), tomo III, p. 10. Vattel: *Le Droit des Gens*, núm. 25. Entre los contemporáneos, Triepel: *Obra citada*, p. 95. *Academie de Droit International: Cours*, 1923, p. 7. Calvo: *Le Droit International*, tomo I, p. 119. Moore: *Digest of International Law*, tomo I, p. 5. Cavaglieri: *La consuetudine giuridica internazionale*. Anzilotti: *Corso di Diritto Internazionale*, p. 42.

[7] Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), p. 104, se mueve dentro de un círculo, por cuanto se empeña en hacer de la norma fundamental, que permite el ejercicio del derecho, una norma jurídica.

normas jurídicas fundamentales. Con esto contemplamos dentro del campo del derecho internacional un fenómeno de la vida diaria, consistente en el hecho de que una costumbre social, a la que se agrega la representación de su obligatoriedad ético-social, se convierte en una norma jurídica; es el proceso que Jorge Jellinek denominó indebidamente *la fuerza normativa de los hechos*, pues el hecho que no se funda en una norma no es nunca normativo.

El presupuesto para la validez del derecho internacional consuetudinario, sin género alguno de duda y sin que sea siquiera admisible la discusión del tema, es su ejercicio mediante actos de estados independientes. La decisión respecto a si un acto debe positivizar una norma y a los requisitos que deben satisfacerse para que dicho acto pueda considerarse coincidente con la *opinio iuris gentium*, compete a los estados por conducto de sus instancias, pero, nótese bien, sólo a ellos corresponde. La doctrina dominante afirma que el derecho internacional consuetudinario vale únicamente para los estados que lo reconocen;[8] esta cuestión, discutida desde la época de Suárez y Vittoria y que consiste en la determinación de si el derecho internacional consuetudinario puede ser objetivado y modificado por decisión de la mayoría o si se requiere el consentimiento uniforme de todos los estados, debe ser resuelta en el sentido de la unanimidad, pues la creación del derecho por mayoría de votos presupone la existencia de una norma jurídica positiva.[9] Son asimismo las decisiones de voluntad estatales las que pueden destruir los tratados internacionales expresamente convenidos por el camino del no-uso (*desuetudo*); así, a ejemplo, de conformidad con el Tratado de Berlín de 13 de julio de 1878, debían destruirse todas las fortificaciones búlgaras sobre el Danubio, quedando prohibida la construcción de otras nuevas; el precepto, nunca cumplido,

[8] Consúltese la discusión sobre el artículo cuarto de la Constitución de Weimar y el *Protocolo* de las sesiones tercera y treinta y seis de la Comisión de Constitución. En las últimas de esas sesiones, estableció Kahl: "Según la opinión unánime de la Comisión, sólo la norma reconocida por el estado alemán puede valer como parte obligatoria del derecho alemán." Sobre este tema, Wensel: *Obra citada*, pp. 468 y ss. Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), pp. 111 y s. Consúltese asimismo el artículo 38, párrafo tercero, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "*La coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit.*"

[9] Husserl: *Obra citada*, pp. 75 y s.

perdió su positividad como efecto de una unión tácita de voluntades.

La circunstancia de que ningún tratado internacional pueda nacer sin la aprobación de todos los estados que participan en su formación y de que únicamente pueda ser objetivado por la acción de unidades de voluntad que no estén subordinadas a otra unidad decisoria universal, resulta claramente de las normas fundamentales que rigen la vida de los tratados. El acto de sometimiento de un estado a una norma cualquiera del derecho internacional, tiene que ser la consecuencia de una decisión libre de su voluntad. Para el análisis de nuestra problemática es una cuestión indiferente el hecho de que un sujeto de derecho internacional tenga la fuerza política y económica suficiente para substraerse a toda relación internacional, pues, desde el punto de vista jurídico, hay que tomar únicamente en consideración que para el estado que se mantiene alejado de la comunidad jurídica internacional no existe ninguna norma del derecho de gentes. Ningún estado está obligado a entrar en relaciones diplomáticas o a firmar uno o más tratados, pero, si lo hace, se somete a los normas que rigen las relaciones diplomáticas y a las reglas objetivadas de los tratados. Desde este punto de vista, el derecho, de la misma manera que todas las restantes normas jurídicas, provoca la formación de una relación de subordinación.

No obstante que la inaplicabilidad absoluta del principio de las mayorías y la posibilidad indiscutible de la existencia de un derecho de denuncia de cualquier tratado internacional, son los rasgos característicos de un orden de poder contractual creado por y para sujetos de derecho internacional soberanos, no son sin embargo suficientes para la determinación del concepto de soberanía, pues, considerado desde el ángulo de esos caracteres, el concepto de soberanía significaría solamente la posesión de una capacidad jurídica y de acción plena en el campo del derecho internacional.[10] Si el concepto de soberanía no expresara algo más, tendrían razón sus enemigos, pues, por lo menos, sería superfluo en el mismo terreno del derecho internacional: en

[10] Así, a ejemplo, en Liszt-Fleischmann: *Völkerrecht* (*Derecho internacional*), pp. 94 y ss. Gerber: *Beschränkung der deutschen Souveränität nach dem Versailles Friedensvertrag* (*Las limitaciones de la soberanía alemana según el Tratado de Paz de Versalles*), pp. 10 y ss.: "Soberanía es la expresión de la capacidad jurídica del estado, pero es, simplemente, su capacidad jurídica."

efecto, la validez del derecho internacional sería un problema tan sencillo como acostumbran presentarlo los partidarios del racionalismo jurídico; el derecho internacional valdría únicamente en cuanto fuese creado por actos normativos de derecho internacional, pues el derecho, tal es la fórmula de aquella doctrina, "puede únicamente nacer del derecho".

Pero esta forma de la historia universal y de la historia del derecho existe solamente en las fábulas de las escuelas primarias y en algunos libros sobre derecho internacional que pretenden quitar al problema de la validez de este ordenamiento jurídico lo que tiene de excitante e intrincado, ocultando con el velo de sus abstracciones el hecho, característico del derecho internacional, de la posibilidad de su creación mediante su propia ruptura. La literatura sobre estos temas conoce una especie de mentira jurídica, que con ayuda de toda suerte de artificios de la palabra y de la lógica y con propósitos más o menos loables, pretende ocultar el abismo en que se debate el derecho internacional, colocando en su fondo una leyenda preventiva que diría, poco más o menos: el derecho internacional proporciona a cada uno de sus sujetos la posibilidad de desligarse de todos sus deberes internacionales frente a otro sujeto, mediante la total destrucción de éste. ¡Sálvese quien pueda! Partiendo de este extremo, y haciendo a un lado el caso práctico de la debelación, la creación de nuevo derecho internacional mediante su ruptura es un fenómeno que únicamente desaparecerá, en forma efectiva, con la supresión misma del derecho internacional y su substitución por una *civitas maxima*, esto, es, por una unidad universal de decisión y acción. Estas abstracciones sentimentales, que pretenden ocultar el fenómeno de la reacción de derecho internacional como consecuencia de su ruptura, no son sin embargo suficientes para quitar al fenómeno su carácter demoniaco. Dios sabe que tampoco logran endulzar su amargura: con ellas se muestra el deseo de que haya paz en el mundo, pero no significan que, en efecto, se alcance la paz perpetua.

Haciendo a un lado otras consideraciones, la simulación y la ausencia de sistematización jurídica de la doctrina constituyen una falta que produce las más graves consecuencias sobre la teoría de la validez del derecho internacional, pues aquel abismo en el que yace la guerra, ya que y según se dice, no existe una unidad decisoria universal y efectiva por encima de los estados

soberanos, no sólo es un producto del ansia de poder o de la cobardía de algunos políticos, sino la expresión de que en ese punto falta algo en el derecho y en el poder que impide cubrir el abismo: falta algo en el derecho porque para determinadas cuestiones de la vida internacional no existen normas jurídicas fundamentales que puedan suponerse aceptadas por todas las partes para la solución de los conflictos; si los cruzados y los turcos, los alemanes y los franceses, los comunistas y los capitalistas, *tienen* un derecho a la existencia más o menos amplio, para esta cuestión no existe una norma jurídica fundamental, pues la fórmula, "en cada caso habrá que conducirse según las circunstancias", no resuelve siempre los problemas. Resulta cómodo imputar a los hombres de 1919 que "no hubiesen tenido el valor de dejar definitivamente a un lado el concepto de la soberanía de los estados en beneficio del bienestar común de todos los pueblos", [11] pero el derecho internacional, al igual que todas las normas jurídicas, es el producto de una comunidad de cultura y de intereses y nunca una creación artificial de los políticos y estadistas, si bien estos, claro está, pueden impulsar su progreso. De la consistencia de la comunidad dependerá que logre la objetivación de determinadas normas ético-jurídico fundamentales, así como su eficacia; o expresado en otros términos, la intensidad de las relaciones decidirá si los actos de voluntad de los estados son capaces de positivizar algunas normas jurídicas fundamentales en el campo internacional. Además, el mayor o menor arraigo de las normas en la conciencia de la comunidad determinará, a su vez, si estas normas, al igual que todas las normas jurídicas, son aptas para evitar los actos de voluntad de las unidades de poder soberanas que buscan la creación de un nuevo derecho mediante la ruptura del orden jurídico vigente y si, finalmente, es asequible una visión mejor del porvenir y un sometimiento en mayor escala al derecho positivo.

Es asimismo posible, no obstante que en ocasión de un problema existan normas jurídicas fundamentales y normas jurídicas

[11] Harder: *Völkerbundsfragen* (*Cuestiones en torno a la Sociedad de las Naciones*), pp. 13 y 14. Sobre lo que decimos en las líneas siguientes, consúltese Max Huber: *Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staatengesellschaft* (*Aportaciones al conocimiento de las bases sociológicas del derecho internacional y de la comunidad de estados*) en el *Jahrbuch für Öffentliches Recht* (*Anuario de Derecho Público*), tomo IV, pp. 56 y ss.

positivas susceptibles de resolverlo, que la condición que guarden los respectivos intereses y la presión moral no sean suficientes para conseguir el cumplimiento del derecho internacional y que, por falta de una unidad ejecutoria efectiva, se produzcan la ruptura del viejo derecho y la creación de normas nuevas. Hasta estos momentos hemos dejado a un lado la pregunta acerca del poder, tanto porque el problema de la decisión es jurídicamente primario, cuanto porque la pregunta en torno a la validez del poder es presentada frecuentemente en forma unilateral. En la literatura alemana posterior a la Primera Guerra Mundial se observa una especie de resentimiento de las masas, que ha conducido a desestimar el significado sistemático de la falta de coacción en el derecho internacional. No debe desconocerse el hecho de que en el mundo del derecho internacional, a diferencia de lo que ocurre en el derecho estatal, su realización en cada caso particular puede ser decisiva para la positivización de la norma jurídica. El derecho y el poder no necesitan estar unidos en la soberanía, si bien es muy posible que ocurra; la coincidencia se da en los casos de los estados que pueden crear nuevo derecho mediante la ruptura del derecho existente. De aquí nace una nueva relación, desde el punto de vista del poder, entre soberanía y positividad, que debe ser analizada por la ciencia del derecho. Al considerar esta relación, habrá que cuidarse de simplificar el problema de derecho y poder, convirtiéndolo en una simple especie del dualismo a-dialéctico entre naturaleza y espíritu. La facticidad de una unidad de poder dentro de una comunidad se funda en las normas jurídicas fundamentales y en la unidad de los intereses, de la misma manera que, pero en sentido inverso, la positividad del derecho dentro de la misma comunidad se apoya en las normas jurídicas fundamentales y en una unidad de acción que lo imponga y sostenga. La potencialidad universal de la decisión y el poder capaz de imponerse a cualquier oposición, son atributos que no pueden arrancarse del estado soberano; de ahí deriva que la ejecución internacional sea un problema insoluble. Una de dos, o se construye un estado sobre los actuales o se niega el carácter de ejecución jurídica a la realización de los intereses del grupo internacional más poderoso. La construcción de la guerra como un acto jurídico de ejecución, sólo puede satisfacer al racionalismo jurídico carente de contenido. Si los problemas jurídicos han de analizarse en toda su

profundidad, conviene preguntar si un estado o sus representantes, cuando uno y otros no tienen interés en restaurar una violación al orden jurídico, deben, no obstante, con sacrificio de su sangre y de su economía, luchar por el restablecimiento del derecho. Y por otra parte, ¿cuál es la garantía de que, en caso de triunfar la ejecución, las potencias ejecutoras no irán más allá de lo que permite el derecho? ¿Qué ocurrirá cuando el estado delincuente logre salir victorioso? Creemos, al llegar a este punto, que se aceptará el carácter absoluto de la soberanía. ¿O se cree acaso que el problema, *quis custodet custodem*, es más fácil de resolver que el problema de la cuadratura del círculo?

Soberana es, dentro de su territorio, la unidad universal de decisión y acción. Quien no dispone del poder necesario para garantizar el derecho no es soberano. El derecho positivo no puede ser soberano, porque, en primer término, necesita de uno o varios legisladores para su propia existencia o positividad y porque, en segundo término, necesita también de un sostén para su garantía total. Para caracterizar este elemento, que es, frente al derecho positivo, la *soluta potestas*, no existe más concepto que el de soberanía. Los límites del derecho internacional derivados de las consideraciones que anteceden, se tratarán en el capítulo siguiente.

III

NORMA JURIDICA Y NORMA JURÍDICA FUNDAMENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La falta de claridad en la diferenciación de los conceptos, cuestión a la que nos referimos en párrafos anteriores, es la causa de que la literatura jurídica internacional desconozca generalmente y en ocasiones ni siquiera perciba, la unión indisoluble que existe entre la positividad del derecho y la soberanía del estado: los conceptos, idea del derecho, norma jurídica, norma jurídica fundamental, orden y sistema jurídicos, son usados indistintamente, de manera especial por la literatura jurídica internacional.[1] Los efectos de este proceder se manifiestan en la

[1] Consúltese lo que decimos en la p. 138, nota 1.

confusa teoría de las fuentes del derecho internacional, en la elaboración artificial de un sistema de derecho internacional preñado de consecuencias erróneas y, finalmente, en la falta de claridad, tan peligrosa en la práctica, de los fundamentos y límites de la sentencia internacional.

La fuente última de todas las confusiones y mezclas de conceptos radica en el hecho de que la doctrina, o bien no tiene una noción clara del concepto de soberanía o se esfuerza en su eliminación. Falsas analogías con el derecho civil, deseos pacifistas y errores teóricos, son los elementos que han conducido a la tesis de la oposición inevitable entre un orden de poder y uno contractual.

En la justa reacción contra el positivismo del siglo XIX, que llevó a sus últimos límites el desprecio por el derecho natural, no se encuentra, sin embargo, una síntesis correcta del problema; de ahí que las nuevas corrientes principiaran, una vez más, a confundir los límites entre el derecho natural y el positivo. Cuando se está convencido firmemente de que el mundo jurídico no es ni puede ser en ninguno de sus puntos independiente de los arquetipos jurídicos, se debe poner un cuidado especial, a fin de no confundir las normas metajurídicas con algún otro circuito del pensamiento. Lo que es auténtico derecho natural, es designado por nosotros: "principio constitutivo del derecho" o "norma jurídica fundamental" y debe distinguirse pulcramente, tanto de las normas jurídicas positivas cuanto de las normas fundamentales de la lógica jurídica.[2]

Esperamos no encontrar ninguna incomprensión al afirmar enfáticamente que el derecho internacional no conoce más normas jurídicas que las positivizadas por la acción de la voluntad

[2] Una de las fuentes de estas confusiones es el cambio de significado de la frase *Jus naturae et gentium, Niemayers Zeitschrift* (*Revista Niemayer*), tomo 34, pp. 113 y ss. En Jahrreiss se citan algunos ejemplos de la literatura moderna sobre el derecho internacional; en su libro *Liquidation des Weltkrieges* (*Liquidación de la guerra mundial*), p. 86, habla de un "derecho que es hecho válido". Thieme: *Fortbildung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit* (*Evolución de la jurisdicción arbitral internacional*), p. 62, cree en un derecho internacional que "no vale como derecho positivo, pero que ejerce su influencia durante largo tiempo". Consúltese lo que decimos en la página anterior. Además, Kaufmann: *Gleichheit vor dem Gesetz* (*Igualdad ante la ley*), en *Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (*Publicaciones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público*), Cuaderno núm. 3, pp. 10 y ss. Consúltense también las anotaciones que hice a ese trabajo.

de unidades decisorias soberanas. La jerarquía de las normas jurídicas positivizadas y mantenidas válidas por una unidad universal de decisión y acción, termina, precisamente, ahí donde termina la unidad soberana. La unidad de voluntad soberana está únicamente subordinada a las normas jurídicas fundamentales; en cambio, las normas jurídicas son supremas sólo en la medida en que la unidad soberana se ha sometido a ellas. La *civitas maxima* estaría únicamente sometida a las normas jurídicas fundamentales, pero en manera alguna a normas jurídicas. En tanto subsistan dos unidades decisorias universales, las normas jurídicas positivizadas por ellas, no importa que su número sea grande, no pueden constituir un sistema jurídico, pues éste no puede concebirse sino como la expresión de una unidad decisoria universal. De ahí que todas las teorías acerca del "orden jurídico mundial unitario" y todas las construcciones de un "sistema jurídico internacional" sean especulaciones arbitrarias. No hay tal sistema y no puede haberlo: no lo hay, no porque no pueda existir un pretor sobre los estados, sino porque la existencia de una unidad decisoria universal como presupuesto del sistema, transformaría al derecho internacional en derecho estatal. El pretor colocado sobre los estados encontraría constantemente espacios vacíos o lagunas jurídicas y tendría que dictar un *nom liquet*, imposible en el derecho estatal. La falta de claridad en este problema aparece entre otros casos, de las siguientes frases de Lapradelle:

> Il n'est pas possible d'admettre le non liquet de la part d'une Court internationale; le déni de justice doit ètre exclu du domaine international comme du domaine national. [3]

Se dice frecuentemente que no es posible concebir al derecho internacional a menos de fundarlo en normas jurídicas suprapositivas o de construirlo como un sistema unitario. Frente a estas tesis, afirmamos firmemente que las normas del derecho internacional únicamente pueden positivizarse por procedimientos tácitos o por tratados expresos y que unos y otros deben provenir de sujetos internacionales colocados frente a frente en condiciones de libertad e igualdad. La verdad de la fórmula que antecede resulta un imposible para el racionalismo jurídico, pues

[3] *Procés verbaux de séances du comité,* 1920, tomo I, p. 302. Loder: *Obra citada.*

para esta doctrina la igualdad de los estados, la concertación de tratados y la existencia de sujetos de derecho internacional, son actos que quedan reducidos a simples normas jurídicas.[4] En concordancia con su manera de pensar, el racionalismo jurídico, de acuerdo con el gusto particular de cada uno de sus partidarios, ofrece como fundamento de los actos jurídicos mencionados alguna norma general, de la que posteriormente deriva ciertas normas particulares o todo un sistema de derecho internacional. Así, a ejemplo, Liszt parte de la idea fundamental de la igualdad jurídica de los estados y deduce de ella, en forma inmediata, una serie de normas jurídicas, determinantes de los derechos y deberes recíprocos de los estados, que no necesitan ser reconocidas por un tratado para adquirir fuerza obligatoria; el autor citado expresa que "estas normas no son una simple construcción iusnaturalista, sino normas jurídicas que se desprenden del concepto de la comunidad jurídica internacional, de conformidad con el principio de no-contradicción"; el mismo escritor agrega que dichas normas, "tampoco necesitan la forma externa de las normas jurídicas, pues, sin ellas, el derecho internacional no podría siquiera concebirse".[5]

La Teoría pura del derecho, que en el campo jurídico estatal es, lisa y llanamente, la ejecución del testamento de Laband, en el terreno del derecho internacional debe ser contemplada como la ejecutora del programa de Liszt. Kelsen, siguiendo a este ilustre pensador, piensa que cumpliendo con el principio de no-contradicción se llega al anhelado *ordre naturel*, esto es, a aquellas normas jurídicas que poseen el sello de la objetividad plena, algo así como el axioma desprendido de una fórmula matemática. "El reconocimiento de estas normas por parte de los sujetos a quienes habrán de aplicarse, como condición para su validez, carecería de sentido, pues la exigencia de su reconocimiento estaría en contradicción con su objetividad."[6] Estas normas son aquellas reglas jurídicas de las que Verdross afirma, que "ya el primero que las aplica internacionalmente las encuentra como normas jurídicas perfectas".[7] Nos encontramos, sin género alguno

[4] Coincide parcialmente, Gareis: *Institutionen* (*Instituciones*), p. 34.

[5] Liszt: *Völkerrecht* (*Derecho internacional*), p. 59. Liszt-Fleischmann, *obra citada*, pp. 115 y s.

[6] Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), p. 215.

[7] Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 59.

de duda, frente a los límites absolutos que el derecho impone a la soberanía del estado, en virtud de los cuales no es ya posible continuar nombrando soberano al estado y sí, en cambio, al derecho. Según sabemos, la Teoría pura del derecho llegó a este resultado transformando la unidad de voluntad estatal constructora del sistema en una ficción y la unidad decisoria soberana en una norma fundamental impersonal. Al alcanzar este punto, ya no quedó a la Teoría pura del derecho otro camino que presentar la relación entre estado y derecho como una relación entre dos "órdenes", los cuales, finalmente, mediante una norma jurídica internacional fundamental semejante a la que sirve de base a la unidad estatal, podrían reducirse a un sistema unitario susceptible de extenderse a todos los pueblos:

> Mediante la delegación que reciben los órdenes jurídicos estatales de la norma fundamental o de la fuente del derecho internacional, quedan subordinados al orden jurídico internacional, por lo que aquéllos y éste deben ser considerados como un sistema unitario de normas.

Según el pensamiento de la Teoría pura del derecho, la unidad del sistema jurídico sólo puede alcanzarse valiéndose de cualquier procedimiento que permita hacer a un lado al estado como sujeto de la soberanía y disolviéndolo en el derecho positivo, de tal manera que pueda decirse:

> La relación entre el derecho internacional y el estado sólo es posible como una relación entre el derecho internacional y el derecho estatal.[8]

El problema de esta construcción continúa siendo la norma fundamental, base del pretendido sistema unitario: creemos haber demostrado que detrás de la norma estatal fundamental se encuentra la voluntad real del estado. ¿Qué es lo que existe detrás de la norma internacional fundamental y qué es lo que expresa la norma? ¿Dispone algo o es un simple ejemplar de aquella especie de normas que encierran posibilidades ilimitadas, pero que carecen de todo contenido concreto? Lo único que parece que puede afirmarse con certeza es que la norma internacional fundamental, cualesquiera que sean las circunstancias que concurran,

[8] Consúltese el libro de Verdross, bastante apartado de la pureza metódica kelseniana: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 14.

tiene que ser una norma jurídica; por tanto, la fórmula tendría que enunciarse en los términos siguientes:

> La unidad de un sistema jurídico tiene que fundarse necesariamente sobre una o varias normas jurídicas, las que, a su vez, deben constituir el vértice de la pirámide jurídica.[9]

En consecuencia, el problema de la unificación del derecho internacional cae en el problema de la norma jurídica fundamental.[10] Queremos llamar la atención sobre este punto.

La norma jurídica que se ha usado hasta nuestros días como la norma internacional fundamental es, para algunos escritores, *el principio de la igualdad de los estados* y, para otros, la fórmula *pacta sunt servanda.* Si analizamos desde un punto de vista jurídico-cualitativo el valor del principio de la igualdad de los estados, observaremos que carece de contenido, esto es, no puede decirse de él que sea una norma jurídica fundamental de contenido ético, sino, simplemente, un principio lógico constitutivo del derecho; de ahí que su ratificación por una voluntad sea tan innecesaria como lo sería el reconocimiento que tuviera que hacer una voluntad de un principio matemático. Precisamente porque es del todo independiente de nuestra voluntad y porque en manera alguna se dirige a ella, le corresponde una validez lógica y no jurídica, o expresado con otras palabras, es un presupuesto lógico-jurídico y no un derecho pre-establecido. Un análisis más profundo revela que el principio de la igualdad de los estados —sin una mayor determinación— no es sino una perífrasis tautológica de la subjetividad del derecho internacional. Según Hegel, la personalidad constituye "el fundamento abstracto del derecho abstracto y, consecuentemente, del derecho formal. Por tanto, el mandato jurídico expresa: se persona y considera a los demás como personas".[11] Insistimos en lo que llevamos dicho: una norma lógico-jurídica de esta especie no necesita ser reconocida, justamente porque no puede ser violada; esa norma tiene el significado siguiente: si entre tú y yo debe regir el derecho, debemos

[9] Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), pp. 58 y 52.

[10] Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 12.

[11] Hegel: *Rechtsphilosophie* (*Filosofía del derecho*), núm. 30. Consúltese. Grocio: *Obra citada,* II, 12, núm. 8: "*In contractibus natura aequalitatem imperat*" ("*La naturaleza impone igualdad en los contratos*").

considerarnos mutuamente como titulares de derechos y obligaciones.[12] La norma de la igualdad se transforma en una norma dirigida a mi voluntad cuando adquiere un contenido normativo determinado, derivado de una comunidad histórica y concreta.[13] La respuesta acerca de lo que haya de entenderse por igualdad o disparidad, razonable o absurdo, está siempre condicionada por la historia y la cultura. La configuración del mundo ético no nos es dada como un *ordre naturel,* sino que resulta en todos los casos de una decisión.[14] La posibilidad de postular normas jurídicas fundamentales que determinen lo que deba entenderse por igualdad en el campo del derecho internacional, depende de la intensidad alcanzada por la comunidad jurídica de las naciones. Para convencerse de la legitimidad de la afirmación que antecede bastaría preguntar a los habitantes de las colonias de todos los siglos lo que piensan del valor de las normas jurídicas fundamentales derivadas de la regla europea de la igualdad. Cuan poco expresa esa frase en el seno de la comunidad jurídica internacional de nuestros días, se deduce de la circunstancia de que el derecho internacional de la hora presente reclama el respeto del "otro" como persona, bajo el supuesto de que este "otro" no esté sometido ni por mí ni por un tercero, no así en el caso de las colonias que aun subsisten.

No corren mejor suerte los supuestos caracteres jurídicos de la tan traída y llevada fórmula: *pacta sunt servanda.* De la misma manera que la anterior, tomada esta frase en sí misma, nunca ha facilitado a un sujeto jurídico un obrar normativo: así como el principio de la igualdad de los estados es una perífrasis tauto-

[12] Consúltese lo que dice Martens: *Völkerrecht* (*Derecho internacional*). Traducción de Bergbohm, p. 390: "Los estados deben reconocerse como sujetos de derecho y reconocer sus derechos recíprocos, pues de otra suerte serían imposibles las relaciones entre ellos." En forma análoga a lo que decimos en el texto, Kaufmann: *Das Wesen des Völkerrechts* (*La esencia del derecho internacional*), p. 195 y los autores que ahí se citan. En contra de esta opinión, Huber pretende presentar la frase de la igualdad de los estados como norma jurídica positiva: *Festgabe des Auslandes für Kohler* (*Libro homenaje del extranjero en honor de Kohler*), pp. 106 y ss.

[13] Consúltese lo que decimos en la p. 115.

[14] Consúltese lo que dice E. Kaufmann: *Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (*Publicaciones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público*), Cuaderno núm. 3, p. 16. Nawiasky sigue el único camino posible para la interpretación del principio de igualdad de la Constitución de Weimar e intenta fijar su sentido preciso, tomándolo "de la totalidad de nuestro orden jurídico válido".

lógica de la subjetividad, la fórmula que ahora consideramos es una perífrasis tautológica de la objetividad jurídica, por lo menos en la medida en que expresa: si tú has celebrado regularmente un contrato, éste es lícito, quiere decir, obligatorio. Esta frase, considerada también en sí misma es, de la misma manera que el principio de la igualdad de los estados, una fórmula lógica y en forma alguna un principio ético fundamental, menos aun una norma jurídica, pues, según es suficientemente sabido, los contratos contrarios a las buenas costumbres no pueden ni deben ser cumplidos. Con auténtica maestría, F. J. Stahl estableció que en la celebración de los contratos deben intervenir conjuntamente las voluntades y las normas ético-jurídicas fundamentales: "Si un contrato ha de ser jurídicamente obligatorio, entonces", concluye Stahl, "tiene que perseguir un fin lícito... Sin duda, la unión de voluntades es el elemento unificador, pero lo es siempre y exclusivamente, partiendo del supuesto de su contenido".[15] Antes de que dos o más sujetos positivicen una *lex contractus*, ya dentro del marco de las normas jurídicas fundamentales, ya simplemente dentro de los mandamientos de las normas jurídicas, no puede decirse que exista una norma jurídica previa. Por tanto, la regla, *pacta sunt servanda*, es inmanente a todos los contratos celebrados regularmente; es verdad que dicha regla puede abstraerse, con validez lógica, de la comparación de todos los contratos, pero sólo alcanza validez jurídica con la formación regular de uno o más.[16] De ahí que su inclusión expresa en un contrato

[15] Stahl: *Philosophie des Rechts* (*Filosofía del derecho*), tomo II, pp. 415 y s. Correctamente, Ullmann: *Völkerrecht* (*Derecho internacional*), p. 249: "Mediante la aplicación de la forma jurídica del tratado, relevan los Estados la naturaleza general del mismo y sus consecuencias lógicas y le otorgan una validez efectiva."

[16] Este principio es presentado como norma jurídica, entre otros autores, por B. von Lammasch: *Völkerrecht nach dem Kriege* (*El derecho internacional posterior a la guerra*), p. 92. Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), pp. 158, 171, 186 y 192 y ss. Strupp: *Theorie und Praxis des Völkerrechts* (*Teoría y práctica del derecho internacional*), pp. 3 y ss. Mingk: *Juristische Wochenschrift* (*Revista jurídica semanal*), 1923, p. 887. Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), pp. 61, 104 y 105, nota núm. 1. En el libro: *Verfassung der Völkerrechtgemeinschaft* (*Constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 139, piensa Verdross, en sentido opuesto, que el "derecho internacional presupone la norma *pacta sunt servanda*", con lo cual parece regresar a su primitiva tesis; de manera que dicha norma, cuya influencia generalmente se sobreestima, se convierte nuevamente en un principio de la lógica jurídica. En la p. 149 del libro últimamente citado, hace notar Verdross que la relación jurídica

no la convierta en una norma jurídica; al hacerlo, los contratantes actuarían, lisa y llanamente, como teóricos del derecho.[17]

La consecuencia que se desprende de lo que llevamos expuesto es que la fórmula, *pacta sunt servanda,* y *el principio de la igualdad de los estados,* no constituyen normas jurídicas.[18] Por tanto, si el dogma de la soberanía del derecho ha de construirse sobre una de las dos normas, llegamos nuevamente al resultado de que esta soberanía del derecho es una soberanía del derecho sin derecho y de que estamos delante de un positivismo sin positividad.

¿Cómo consiguen estas frases constituir un sistema de derecho internacional y despojar al estado de su soberanía? Para poder analizar la cuestión propuesta debemos tener presente, ante todo, la forma típica de argumentar del racionalismo jurídico individualista, doctrina que actúa siempre de conformidad con el modelo, que ya nos es conocido y que se encuentra en los libros de Politis;[19] se afirma primeramente que la unidad decisoria soberana es una ficción o una abstracción. Pero si el estado es una abstracción, no obstante estar compuesto exclusivamente por hombres, la comunidad de estados contemporáneos no puede ser sino una abstracción referida a un círculo mayor, ya que, y de la misma manera que el estado, está integrada exclusivamente por hombres. O expresado normológicamente, de conformidad con el pensamiento y la terminología kelsenianos: el estado no es sino un orden jurídico y, en consecuencia, la hipótesis de que las normas del derecho internacional son un orden jurídico colocado sobre los órdenes jurídicos estatales, los cuales, a su vez, son simples órdenes jurídicos parciales, quiere decir, la hipótesis de que las normas del derecho internacional son un orden jurí-

no existe todavía en el momento en que se dan la promesa y la aceptación y lo demuestra con numerosos ejemplos tomados del derecho internacional. También Wensel considera que la frase en cuestión puede ser una norma jurídica: *Obra citada,* p. 504. En contra de esta tesis, Triepel: *Obra citada,* p. 224; y extensamente, Husserl: *Obra citada,* pp. 38 y ss.

[17] Así se desprende, a ejemplo, del protocolo de la Conferencia de Londres de 17 de enero de 1871 (*M.N.R.G.,* tomo XVIII, p. 273). Un significado esencialmente distinto deriva del Protocolo de Londres de 19 de febrero de 1831 (*M.N.R.G.,* tomo X, p. 197), según el cual, la duración de un tratado es independiente de las variaciones constitucionales.

[18] Más adelante volveremos al tema de que ninguna norma jurídica puede decidir sobre la existencia de un sujeto de derecho internacional.

[19] Consúltese lo que decimos en la p. 104.

dico universal que abarca a todos los demás es idéntica con la idea de una comunidad universal que abarque a todo el universo, comunidad que por tener una naturaleza esencialmente igual a la de los estados particulares, puede ser considerada como "la personificación del orden jurídico mundial o universal" o como "el estado mundial o universal" o, finalmente, como "civitas maxima". De esta elaboración conceptual, así denomina Kelsen a su argumentación, resalta con la mayor claridad, que la simple consideración jurídica conduce al conocimiento de la igualdad inquebrantable de los estados, así como a la idea de la unidad del orden jurídico internacional y de los órdenes jurídicos de los estados particulares.[20] Pero todo depende del punto de vista que se adopte: ciertamente puede adoptarse un punto de partida, al que no vacilamos en calificar de anárquico, partiendo del cual, la diferencia entre los términos, estado y orden jurídico mundial, es totalmente secundaria o puramente terminológica.[21] Equivaldría a afirmar que la mesa y la silla están hechas de madera; hecho cierto, que puede ser útil desde cierto punto de vista, pero que, tomado como dato único, produciría el efecto de borrar la diferencia entre aquellos dos objetos. Continuemos la comparación: las relaciones, semejanzas o diferencias entre una mesa y una silla son evidentemente distintas para quien comercia con muebles antiguos que para aquel que desea sentarse en la silla y no en la mesa.

La oposición entre la Teoría pura del derecho y la verdadera ciencia del derecho se caracteriza por la diferencia en el punto de partida: para la auténtica ciencia del derecho, un sistema jurídico sólo puede existir ahí donde actúe como constructor de él una unidad decisoria soberana. Por lo contrario, para Kelsen es suficiente la norma fundamental, carente de contenido, de la igualdad de los estados,[22] para la construcción del sistema; el jefe de la escuela vienesa argumenta diciendo que si con la hipótesis del primado del derecho estatal se puede actuar *como-si* el estado fuese una persona soberana, también se puede, valiéndose del principio de la igualdad de los estados, obrar *como-si* la comunidad jurídica internacional fuese un estado soberano.

[20] Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), p. 249.
[21] Kelsen: *Obra citada*, p. 250.
[22] Kelsen: *Obra citada*, pp. 251 y s. Kelsen no pretende resolver, en particular, el problema del origen del derecho internacional.

Es interesante apuntar que a este ficcionalismo, que no quiere reconocer que no se trata de las hipótesis *como-si* de un normativista lógico, sino, por una parte, de una unidad de voluntad concreta (el estado) y, por otra, de normas jurídicas fundamentales de contenido material ético-social, se le escapa, en este punto decisivo, juntamente con la soberanía del estado, la positividad del derecho. Kelsen no intenta negar la naturaleza iusnaturalista de su interpretación del derecho internacional, pero piensa que en este sentido —¿en qué sentido?— no existe oposición alguna entre derecho natural y derecho positivo.[23] Solamente diremos que la afirmación kelseniana es un ejemplo muy hermoso de la necesaria relación que existe entre positividad y soberanía.

Verdross, el distinguido discípulo, vio claramente que Kelsen no logró, a pesar de su promesa, señalar la causa real de las transformaciones que se han producido en la historia del concepto de soberanía;[24] vio además que el concepto de soberanía, fundado sobre una norma lógica, se hace incomprensible; y, finalmente, se dio cuenta de que no obstante la utilización del método sincretístico, se vio obligado Kelsen a recurrir a un elemento meta-jurídico.[25] Posteriormente, Verdross intentó, ya sin recurrir a elementos meta-jurídicos, señalar la relación jurídica normal que existe entre los círculos que forman el derecho internacional y el derecho estatal: según el escritor del que ahora nos ocupamos, "un sistema jurídico unitario no es un simple postulado, ni puede serlo, sino una realidad jurídica".[26] Verdross se empeña en la búsqueda de la constitución jurídica internacional, como el *análogo* de la estatal; por tal debe entenderse, "aquella norma jurídica o aquel haz de normas jurídicas, que constituye la condición de todas las demás constituciones, sin estar no obstante condicionado por ellas". El ilustre profesor de la Universidad de Viena llega a la conclusión de que la norma internacional básica, que es una norma positiva expresa, no es otra que el principio *pacta sunt servanda.*[27] En una monografía del mismo autor, publicada poco tiempo después y en la que se ocupa del mismo tema, Verdross confiesa entre líneas que su intento puede

[23] *Obra citada,* pp. 252 y s.

[24] *Obra citada,* pp. 3 y s.

[25] *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), pp. 13 y s. y 82.

[26] *Obra citada,* pp. 136 y s.

[27] *Obra citada,* pp. 58 y s. y 61.

considerarse fracasado; infortunadamente, no deduce las consecuencias correspondientes. En esta monografía, la norma jurídica internacional fundamental es designada con el término *norma ética.*[28] Verdross pretende escapar a las consecuencias que se desprenden de este nuevo punto de vista para la comunidad jurídica internacional, mediante la siguiente argumentación: continúa sosteniendo que la fundación de la comunidad internacional no se da en la celebración del contrato, sino en la norma *pacta sunt servanda.* "Los contratos pueden únicamente completar la construcción. Pero para la solución del problema que tenemos planteado carece de significación que se considere a la norma *pacta sunt servanda* como norma jurídica o como norma ética, pues la diferencia, según que se adopte uno u otro de los dos puntos de vista, consistirá solamente en que, en el primer supuesto, el derecho debe ser concebido como una unidad cerrada en sí misma, en tanto en el segundo será un orden parcial derivado de la ética."[29] Al concluir la lectura de la obra que Verdross dedica a la "Constitución de la comunidad jurídica internacional", encontramos que la teoría pura del derecho nos coloca en la situación trágico-cómica de tener que defender seriamente contra de ella la pureza del conocimiento jurídico: la tesis de que una constitución jurídica no puede estar fundada en una norma ética, independientemente de que la norma *pacta sunt servanda* pueda ser considerada una norma ética, debería insertarse, no sólo en cada página, sino más bien en el título mismo de la monografía de Verdross; pero el error primero del profesor de la Universidad de Viena consiste en la confusión constante entre los conceptos de norma jurídica y norma jurídica fundamental.[30]

[28] Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 28.

[29] *Obra citada,* p. 128. Con fundamento en esta norma, los estados "son, desde un principio, miembros potenciales de la comunidad de estados; lo único que hacen los estados es actualizar la comunidad". Pero hay que preguntar lo que esto quiere decir. ¿Qué es un miembro potencial de la comunidad de estados? Según Verdross, debe distinguirse "entre los estados fundados por la norma fundamental y la unión de los estados basada en las normas positivas del derecho internacional"; con lo cual, creemos, confiesta Verdross, que la primera, en realidad, no es una comunidad jurídica internacional.

[30] Consúltese lo que dice el autor en las pp. 27, 51 y 61 y ss., de la obra citada.

Algo hay que agradecer sin embargo a la monografía de Verdross: no sólo por cuanto elimina en forma absoluta la soberanía de la lógica jurídica kelseniana, sino, sobre todo, porque abjura, en todos sus aspectos, del ficcionalismo destructor, y por lo menos hacia arriba, quiere decir, mirando hacia la esfera de lo éticopolítico, proporciona espacio para la vida y para una ciencia nueva. Si esta brecha se continúa hacia abajo, esto es, hacia la esfera de lo político-social, se habrá encontrado el camino de la ciencia del derecho y superado la crisis de la doctrina del estado: la ciencia del derecho, al distinguir con precisión los conceptos de norma jurídica y norma jurídica fundamental, devolverá su significado prístino a los conceptos de positividad y soberanía y ya no imaginará al derecho internacional como un "orden jurídico o como un sistema universales".[31]

Todo sistema jurídico tiene como presupuesto ineludible a la soberanía y únicamente se da ahí donde existe una unidad universal de decisión y acción, capaz de construir la unidad del sistema de las normas jurídicas dentro del marco de las normas jurídicas fundamentales y de garantizar su validez. Un orden jurídico internacional o, por lo menos, un derecho internacional general, concebido como un ordenamiento que domine a todos los estados, no existe todavía;[32] pero sí nos encontramos frente a un número más o menos grande de normas jurídicas, si bien generales y delante de otro número aun mayor de normas jurídicas fundamentales, listas para su positivización.

IV

LAS NORMAS JURÍDICAS FUNDAMENTALES Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

La distinción propuesta para las normas jurídicas fundamentales entre normas lógicas y normas éticas, válidas para todos los sistemas jurídicos, y la necesidad que también hemos afirmado de la existencia de una voluntad autoritaria de la comunidad que

[31] Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), pp. 120, 122, 205 y 229.

[32] Coinciden en esta opinión, Triepel: *Obra citada*, pp. 82 y 283; Husserl: *Obra citada*, p. 32, y Wenzel: *Obra citada*, pp. 391 y ss., quien, además, menciona una amplia literatura sobre el tema.

positivice las normas jurídicas, encuentran una confirmación plena en la justicia y en los arbitrajes internacionales. La Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, según el artículo 38, párrafo cuarto, de su Estatuto, está obligada a aplicar, juntamente con el derecho consuetudinario y los tratados internacionales: *les principes généraux de droit reconnues par les nations civilisées.* En numerosos compromisos arbitrales internacionales de los últimos años aparecen disposiciones semejantes.[1] En estos *principes généraux de droit* reconocemos una vez más a nuestras *normas jurídicas fundamentales.*

Para el positivismo logicista tienen que ser absolutamente incomprensibles la naturaleza de estas normas jurídicas fundamentales y su relación con el derecho consuetudinario y con el derecho de los tratados, así como las sentencias *ex aequo et bono,* los proverbios y las doctrinas de los publicistas — ver artículo 39, párrafo cuarto del Estatuto.[2] La solución de este problema decidirá cuál debe ser la conducta de los jueces internacionales delante de las normas jurídicas fundamentales a que nos venimos refiriendo.

El origen histórico del artículo 38, párrafo cuarto, permite formular desde luego y sin dejar lugar a dudas, un juicio negativo, pues las discusiones del Comité Jurídico al que se confió la programación del Estatuto establecen, de manera indubitable, que ninguno de los miembros del Comité sostuvo, la verdad es que ni siquiera dejó entender, que aquellos principios constituyeran normas jurídicas positivas.[3] Pero de la discusión se desprende algo más: a pesar de las diferencias y confusiones, los miembros del Comité estuvieron de acuerdo en que en los casos de aplicación del artículo 38, párrafo tercero, recaía en el juez la función de continuar desarrollando el derecho positivo. Algunos de los miem-

[1] Pueden señalarse, como ejemplos, los artículos quintos de los tratados suizo-alemán de 3 de diciembre de 1921, sueco-alemán de 29 de agosto de 1924, alemán-finlandés de 19 de marzo de 1925 y los artículos cuartos de los tratados alemán-holandés de 20 de mayo de 1926 y alemán-dinamarqués de 2 de junio de 1926.

[2] El artículo 38, fracción IV, dice: *Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions et la doctrine des publicistes les plus qualifies, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. La présente disposition ne porte pas atteinte a la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono.*

[3] *Procés Verbaux des Séances du Comité,* de 16 de junio a 24 de julio de 1920.

bros del Comité —Root y Ricci-Busatti— estuvieron en contra de la idea de la aceptación de *les principes génèreaux de droit*, en tanto Descamps, Lapradelle, Loder, Hagerup, Fernandes y Phillimore, se pronunciaron en su favor.[4] Root sostuvo:

> The States would not accept a Court which had the right to settle disputes in accordance with rules established by the interpretation of more or less vagues principles... The Court must not have the power to legislate.[5]

Ricci-Busatti coincidió en los puntos de vista de Root, "*notamment en ce qui concerne l'impossibilité pour la Court d'agir en législateur*". El mismo Ricci-Busatti agregó que faltando "*une règle positive de droit international*", la Corte debía desechar la pretensión:

> Si un litige est porté devant elle et si elle trouve qu'il n'y a pas de règle qui le concerne, elle déclarera qu'il n'existe pas de droit à faire valoir par une des parties contre l'autre, que la conduite de l'état mis en cause n'etait pas contraire à aucune règle admise.[6]

El punto decisivo, teórica y prácticamente, consiste en que la mayoría de los miembros del Comité se pronunció claramente en contra de Root y de Ricci-Busatti. Hagerup hizo notar inmediatamente que si la tesis de Root: *s'il n'y a pas de règles de droit positives, la Court sera incompétente* fuese admitida, no podría realizarse el propósito fundamental de: *contribuer au developpement du droit.*[7] Loder sostuvo también la tesis de que *le déni de justice* era absolutamente inadmisible. Lapradelle aceptó la observación de Loder y afirmó, en oposición a Root:

> Il n'est pas possible d'admetre le non liquet de la part d'une Court Internationale; le déni de justice doit être exclu du domaine international comme du domaine national.[8]

[4] Respecto de la opinión de Lord Phillimore, además de las observaciones que se encuentran en la p. 311 del tomo I, del *Procés Verbaux des Séances du Comité*, en la p. 315 existe la siguiente observación: "*These divergences arose from the continental idea of justice. The English system is different: The judge takes an oath to do justice according to law.*"

[5] *Obra citada*, pp. 286 y 309.

[6] *Obra citada*, p. 314.

[7] *Obra citada*, p. 307.

[8] *Obra citada*, p. 312.

Resumiendo la discusión, el presidente Descamps afirmó que cuando el derecho consuetudinario y los tratados callan:

> il serait en verité impossible et souverainement odieux, de dire au juge en face d'une solution manifestement conforme à la justice: votre tâche consiste à commetre un véritable déni de justice, sous pretexte qu'on ne trouve pas de convention ou de coutume déterminées.

Expresamente agregó el presidente que esa era la cuestión que debía decidirse.[9] Finalmente, el delegado Fernandes, con el propósito de hacer aceptable a la oposición el punto de vista de la mayoría y en relación con la pregunta sobre "si puede el juez, en caso dado, actuar como legislador creando la norma jurídica", declaró:

> Nullement; il se borne à mettre en lumière une règle latente, selon l'expression de Jhering. Et cette règle-là est légitime, car elle était contenue logiquement dans un principe auquel le consentement national était adquis.[10]

Con base en la distinción entre norma jurídica y norma jurídica fundamental y tomando en consideración el coloquio transcrito, estamos en aptitud de afirmar, por una parte, que todos los miembros del Comité Jurídico estuvieron de acuerdo desde el principio de la discusión en que *les principes généraux de droit* del artículo 38, párrafo tercero, no deberían concebirse como *normas jurídicas*, sino y dentro del sentido que hemos atribuido al término, como *normas jurídicas fundamentales*; y por otra parte, que asimismo coincidieron en la tesis de que el juez internacional era quien positivizaba por vez primera las normas jurídicas fundamentales, convirtiéndolas en normas jurídicas.[11] En consecuencia, el origen histórico del debatido artículo 38 no sólo no es un obstáculo, sino, por lo contrario, un valioso elemento para el encuadramiento de las normas jurídicas fundamentales dentro de la relación sistemática que está en la base de nuestra concepción fundamental de estado y derecho.

[9] *Obra citada*, p. 323.

[10] *Obra citada*, p. 346.

[11] Fernandes se limitó a dar una interpretación teórica distinta de este proceso. Tomando en consideración los antecedentes citados, la interpretación que hace Verdross del artículo 38, fracción III, resulta falsa. Consúltese su libro: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 60 y ss.

Por otra parte y en atención al origen histórico del artículo 38, párrafo tercero, descartamos igualmente la idea de que dicho precepto constituye una fuente de derecho coordinada con los tratados y con el derecho consuetudinario. De conformidad con la exposición que antecede, resulta absolutamente imposible considerar a la "jurisdiccción internacional como fuente de derecho" al lado de las otras dos, esto es, no es posible sostener que nos encontramos delante de un proceso de la comunidad jurídica internacional realizado al través de sus órganos de la justicia [12] y declarar entonces que en la hipótesis del artículo 38, párrafo tercero, se trata de "normas que obligan directamente a los estados en sus relaciones recíprocas, razón por la cual tienen que ser aplicadas por los tribunales, de tal manera que las normas en cuestión no pueden ser consideradas como normas fundamentales creadas originariamente por el tribunal al decidir el caso concreto". [13] Ciertamente, la jurisdicción internacional no crea la norma fundamental al momento de resolver la controversia, pero sí la norma jurídica; una vez más se confundieron los dos conceptos: *norma jurídica fundamenal y norma jurídica.* Las conclusiones del Comité Jurídico conducen a la posibilidad de que se condene a los estados al cumplimiento de prestaciones a las que no estaban obligados previamente por una norma jurídica, pero, al mismo tiempo, excluyen la posibilidad de que un hecho sea juzgado "por normas distintas de aquellas que le sean regularmente aplicables". [14] Esta conclusión general y específicamente su parte primera, era la que pretendían excluir Root y Busatti, a diferencia de los restantes miembros del Comité, que la defendieron calurosamente: los primeros aceptaban únicamente las decisiones apoyadas en las normas jurídicas contenidas en los párrafos primero y segundo del artículo 38, en tanto los segundos otorgaban además validez a las decisiones apoyadas en las normas jurídicas fundamentales que derivaran del párrafo tercero. A fin de evitar confusiones, conviene detenerse en la cuestión siguiente: entre las decisiones que toman su base en el tantas veces citado párrafo tercero y las que se apoyan en el párrafo cuarto del mismo

[12] En este sentido, Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), p. 124.

[13] Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), pp. 61 y s.

[14] Verdross: *Obra citada.* Las confusiones en que incurre Verdross en este lugar son particularmente ilustrativas.

artículo 38, que se refiere a las decisiones *ex aequo et bono*, existe una diferencia, que consiste, independientemente de las distinciones que pueden deducirse desde un punto de vista jurídico-positivo, en que, en el primer caso, el juez está subordinado a *normas jurídicas fundamentales objetivas*,[15] mientras que en el segundo y por virtud del deseo expreso de las partes, se concede un campo grande de acción a la valoración subjetiva. No debe olvidarse que el juez, al aplicar las normas jurídicas fundamentales, impone un *jus strictum*, que en nada se distingue de las normas del derecho positivo y tampoco debe pasarse por alto que su eventual corrección *ex aequo et bono* está prevista en el párrafo cuarto del multicitado artículo 38. De todo lo expuesto resulta, en forma indubitable, que al resolver una controversia, la jurisdicción no adquiere: *un caractère arbitral et fait absolument abstraction des règles de droit.*[16]

De lo expuesto se deduce que la tesis que sostiene que la *jurisdicción internacional* constituiría, ya sea al lado o más allá del derecho consuetudinario y de los tratados, una tercera fuente del derecho internacional, es absolutamente errónea.[17] Al analizar la literatura sobre este tema se observa fácilmente que el positivismo logicista, perturbado de pronto en su sueño, se frota bruscamente los ojos y descubre con verdadero asombro, que junto a su derecho positivo hay un algo de cuya existencia no tenía la menor idea: si se lee con detenimiento el párrafo tercero del artículo 38, se observa que habla de algo esencialmente distinto de una jurisdicción internacional; el precepto habla de normas jurídicas fundamentales, que todavía no son derecho internacional positivo, pero que se encuentran en el fondo de los regímenes jurídicos nacionales —*les règles reconnues par les nations civilisées*—; para que estas reglas se conviertan en normas jurídicas es indispensable, según el precepto que comentamos, que las positivice una unidad de voluntad, en el caso, la jurisdicción internacional. Este organismo, aun en la hipótesis de decisiones emitidas en aplicación del derecho consuetudinario y de los tra-

[15] Consúltese la exposición de Descamps: *Obra citada*, pp. 319 y 323. Acerca de la decisión *ex aequo et bono*, Thieme: *Obra citada*, p. 22.

[16] En este sentido, Bustamante: *La Cour Permanente*, p. 58.

[17] En este sentido, a ejemplo: Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*) y *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), pp. 57 y s.s.

tados, debe ser considerado como una unidad determinante y decisiva: el racionalismo jurídico, según es bien sabido, ve en el juez un autómata sometido lógica e incondicionalmente al derecho; de ahí que coloque a la jurisprudencia al lado del derecho positivo. Lo cierto es que el párrafo tercero del artículo 38 otorga al juez una función creadora de derecho, ya que, si bien encuadrada dentro del círculo de las normas jurídicas fundamentales, su misión consiste en positivizarlas, por lo que, antes de dictarse la sentencia prevista en el párrafo tercero del artículo 38, no existe la norma jurídica. La tesis que defendemos, misma que se desprende de la exposición que antecede, nos conduce a una agradable coincidencia con la opinión sustentada por el profesor Anzilotti, verdadera autoridad en la materia: *Questa norma*, dice el maestro italiano, [18] *non esiste nell'ordinamento internazionale; e il giudice que la crea.* También en este caso, como en general cuando se plantea la génesis del derecho, es preciso señalar y cuidar el dualismo de voluntad y norma.

Ahora bien, la base fundamental de la legitimación del juez internacional como creador de derecho radica, única y exclusivamente, en la unión contractual de unidades decisorias soberanas, quiere decir, no es a una constitución jurídica internacional, sino a actos de voluntad de los estados soberanos, a lo que debe la Corte Permanente de Justicia Internacional, tanto su existencia, cuanto la validez de las sentencias que emite. Esta interpretación se desprende, con una evidencia jurídica plena, del tantas veces mencionado párrafo tercero del artículo 38, en cuanto expresa que la base de las decisiones de la Corte tiene que ser, pero únicamente puede ser, las normas jurídicas fundamentales *reconnues par les nations civilisées.* [19] Sin embargo, una vez más despunta el desconocimiento de la distinción entre validez lógica y validez jurídica en el artículo 38, párrafo cuarto, en la parte

[18] Anzilotti: *Corso di Diritto Internazionale*, p. 64.

[19] En este sentido, Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), pp. 125 y s. El autor considera a los profesores de derecho internacional como legisladores subsidiarios. Esta tesis podría discutirse si, por lo menos, constituyeran dichos profesores una unidad decisoria. Totalmente equivocado también, Krauss: *Staatenethos im internationalen Verkehr* (*El ethos estatal en las relaciones internacionales*), p. 83. Krauss quiere ver en el artículo 38, fracción IV, una *carta en blanco receptiva*, que permite, subsidiariamente, aceptar las especulaciones del derecho natural, con lo cual, la ciencia del derecho internacional, orientada a la ética, es nuevamente contemplada como derecho internacional.

en que atribuye la categoría de fuente de derecho a la: *doctrine des publicistes les plus califiés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.* El precepto incurre en una indudable confusión, pues la doctrina puede dirigirse a la actividad cognoscitiva del juez y constituir en su conciencia un medio auxiliar para clarificar y determinar el contenido de la norma adecuada para resolver la controversia, pero no puede ser un procedimiento de creación del derecho. Así, a ejemplo, el juez no debe aplicar las normas jurídicas fundamentales defendidas o postuladas por la Teoría pura del derecho que no estén *reconnues par les nations civilisées.* No obstante las afirmaciones de la Teoría pura del derecho, doctrina evidentemente contradictoria, al juez corresponde emitir la decisión última,[20] como acto de su voluntad.

Desde un punto de vista teórico, la relación entre norma y voluntad aparece con la mayor claridad en los compromisos arbitrales a que se refiere el párrafo anterior. Esos compromisos, cuya fuente de inspiración se encuentra en la conocida disposición del Código Federal Suizo de las Obligaciones, sirven de base a la facultad del juzgador y señalan como fundamento de las decisiones *los tratados, el derecho consuetudinario y las normas jurídicas fundamentales reconocidas por los estados civilizados*; dichos compromisos agregan a renglón seguido:

> En la medida en que en un caso particular aparezca una laguna en los fundamentos jurídicos mencionados, el juez debe decidir de conformidad con las normas jurídicas fundamentales que, en su opinión, deban ser la regla del derecho internacional. El juez debe apoyarse en la doctrina más justificada y en la jurisprudencia.

Sin género alguno de duda, el juez dispone en estos casos de fundamentos más amplios de los que le corresponden de conformidad con el párrafo tercero del artículo 38. La comparación de estas dos hipótesis es de suma importancia, pues demuestra que si la Corte Permanente de Justicia Internacional no encuentra una norma jurídica fundamental como algo dado, debe pronunciar un *non liquet*, sin que le esté permitido crear ella misma la norma.

[20] Anzilotti: *Corso di Diritto Internazionale*, p. 59: *La verita e invece che la Corte applica le regole di diritto e si vale, per determinarle, della giurisprudenza e della dotrina.*

De lo expuesto se desprende que la Corte de La Haya es una instancia decisoria particular y que su jurisprudencia adquiere positividad por cuanto, por una parte, su autoridad deriva de la soberanía de los estados y porque, por otra parte, su competencia material se basa en una convención de unidades decisorias universales. Digamos, para concluir, que la misma Corte Permanente de Justicia Internacional habló de los principios que acabamos de exponer en los protocolos relativos al conflicto ruso-finlandés de Carelia: *Ce le principe qui est à la base même du droit international: le principe de l'independence des états.* [21]

[21] *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Serie B, núm. 5, de 23 de julio de 1923. *Recueil des Avis Consultives*, p. 27.

CAPÍTULO SÉPTIMO

SOBERANÍA DEL ESTADO Y SUBJETIVIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

positividad del derecho ni el concepto de sujeto de derecho internacional. Son únicamente las unidades territoriales decisorias las que alcanzan la categoría de sujetos de derecho internacional. Sin duda, existen algunas excepciones, pero, al igual que en todos los ramos del saber, también en nuestro problema la excepción justifica la regla,[1] particularmente si, y de conformidad con la idea correcta de lo que es y debe ser el sujeto de derecho internacional, por tal entendemos, no sólo al titular, sino también al creador de derechos y obligaciones.[2] Este concepto de *sujeto de derecho internacional* se ha elaborado sobre un hecho histórico, consistente en que el mundo, desde hace muchas generaciones, se halla dividido en diversas unidades decisorias soberanas. Pero y según acabamos de indicar, existen algunas excepciones, quiere decir, en el mundo contemporáneo se da la posibilidad de algunos sujetos de derecho internacional que, sin ser estados, *non sonno sogetti alla potesta di alcuno stato.*[3]

A estas excepciones pertenece, en primer término, la lucha por el establecimiento de una unidad territorial decisoria, quiere decir, el caso de un movimiento revolucionario reconocido como partido político conductor de la lucha. Estrictamente considerado, el caso no es una auténtica excepción, pues el reconocimiento de los revolucionarios como sujeto de derecho internacional, de conformidad con las normas del derecho consuetudinario más generalizado, únicamente puede efectuarse en el supuesto de que los revolucionarios, con el propósito de independizarse de la madre patria, logren establecer una unidad decisoria soberana en el territorio por cuya libertad luchan.[4]

Una excepción que confirma la regla propuesta estuvo repre-

[1] Hall-Higgin precisó excelentemente esta idea, *International Law*, p. 17: "*Primarly international law governs the relations of such of the communities called independent States as voluntarely subject themselves to it. To a limited extent as will be seen presently, it may also govern the relations of certain communities of analogous characters.*" Consúltese Cavaglieri: *Rivista di Diritto Internazionale*, tomo XVII, pp. 175 y s.

[2] Consúltese lo que decimos en la p. 199.

[3] Cavaglieri: *Obra citada*, p. 184.

[4] Consúltese lo que dice Moore: *Digest*, tomo VII, pp. 158 y ss.

sentada por la Santa Sede.[5] Desde la debelación del estado eclesiástico, la Santa Sede dejó de ser una unidad territorial decisoria, transformándose en una unidad decisoria sobre base personal. Según el *Codex juris canonici* (Código de derecho canónico), la Santa Sede toma para sí una *supremam et plenam potestamen iurisdictionis in universam Ecclesiam tum in rebus quae ad fidem et mores tum in iis quae ad disciplinam et regimen Ecclesiae per totum orbem diffuse pertinet* (un poder jurisdiccional total y supremo respecto de toda la feligresía, tanto en los asuntos que conciernen a la fe y a las costumbres como en aquellos que se refieren a la disciplina y al régimen de la iglesia en el orbe entero).[6] El estado, laicizado lentamente desde el Renacimiento, puede aceptar sin dificultad alguna una unidad decisoria independiente para los asuntos de la fe y la moral, aun cuando no admita la pretensión papal de que el fundamento del derecho canónico sea *a quavis humana auctoritate independens* (independiente de cualquier autoridad humana).[7] Esta autoridad papal no tiene que ser, en sí misma, ni política ni de derecho internacional. En la medida en que el papa es sujeto de derecho internacional se trata de su *potestas ad disciplinam et regimen Ecliesiae* (en relación con la disciplina y el régimen de la iglesia), esto es, del orden normativo para determinados actos de la vida social.[8] Esta fuerza mundial, que por serlo es, al mismo tiempo, una fuerza política, ejerce una influencia de tal manera grande que y en relación con las corporaciones territoriales, es *a quavis humana auctoritate independens,* al punto de que su independencia se impuso aun a la unidad territorial decisoria universal del Estado italiano.[9] En la literatura jurídica internacional se ha prestado poca atención al importante hecho, tanto teórico como práctico, de que la Silla

[5] Heller analiza el problema de la Santa Sede antes de los tratados que le restituyeron sus poderes soberanos sobre el territorio del actual Estado del Vaticano.

[6] *Corpus Juris Canonici,* cap. 218, núms. 1 y 2.

[7] *Obra citada.*

[8] Consúltese, especialmente, la primera *Alocución Consistorial* de Pío X: Merbt: *Quellen* 4, núm. 647: *Verum quisque aequus rerum iudex videt, Pontificem a magisterio, quod gerit fidei morumque nequaquam posse politicorum genus distinguere.* (En verdad, cualquier juez imparcial de las cosas sabe que el Pontífice de ningún modo puede separar la naturaleza de los asuntos políticos del magisterio de fe y costumbres que desempeña.)

[9] Ley italiana de garantías de 13 de mayo de 1871, artículo 7 (Strupp: *Doc.* 1, pp. 399 y s.). Consúltese también, Bastgen: *W. V. II,* pp. 243 y s. Anzilotti: *Corso di Diritto Internazionale,* pp. 81 y ss.

apostólica, no obstante tener su sede en territorio italiano, poseía un poder decisorio análogo a un poder soberano sobre el territorio en que está situada. Al través de este hecho se manifiesta claramente la necesidad del territorio para la existencia del concepto de soberanía. Según lo demuestra la conducta del estado italiano durante la Primera Guerra Mundial, el papa pudo ejercer su derecho internacional de mantener relaciones diplomáticas (*ius legationis*) únicamente en la medida en que pudo impartir a los embajadores extranjeros acreditados ante él, la protección exigida por el derecho internacional.

Por tanto, si en el caso de excepción a que acabamos de referirnos, se revela una cierta relación entre la soberanía estatal y la soberanía internacional, resulta indudable que en todos los demás casos tiene que partirse necesariamente de dicha relación. Únicamente puede ser sujeto de derechos aquel que, al mismo tiempo, puede ser sujeto de obligaciones; ahora bien, las obligaciones internacionales sólo pueden asumirse por las unidades decisorias soberanas, pues únicamente éstas están en aptitud de imponer a sus miembros las obligaciones contraídas sin la intervención de otra unidad decisoria, pudiendo llegar, en caso de necesidad, a la reforma de su constitución.

La discutida pregunta de los últimos tiempos respecto de la posible existencia de *sujetos particulares de derecho internacional* distintos de los estados, debe contestarse negativamente, pues, de lo contrario, se produciría una extensión tal del concepto, que se haría de él algo inútil. Sin género alguno de duda, faltaría a estos *sujetos particulares* la capacidad creadora de derecho y deberes internacionales y tampoco podrían ser portadores de obligaciones internacionales. El problema de la piratería, actualizado por el Tratado de Washington de 6 de febrero de 1927, hace del pirata un objeto, pero de ninguna manera un sujeto de obligaciones internacionales; la lectura de las disposiciones del Tratado pone de manifiesto que los estados quedan simplemente autorizados para proceder contra el pirata. El derecho de queja reconocido a los particulares en el repetido Tratado para acudir a los tribunales arbitrales mixtos, en el supuesto de que no se considere a éstos como una instancia estatal, significa, partiendo de su análisis jurídico, una facultad delegada por el estado al que pertenece el particular. [10] Sin duda, el estado está obligado a efectuar la dele-

[10] Anzilotti: *Corso di Diritto Internazionale*, p. 163.

gación, pero el Tratado que le obliga a hacerlo, lo autoriza, al mismo tiempo, para suprimirla, en la inteligencia de que ambas posibilidades se realizan sin necesidad de la aprobación de un tercero, ya que se producen por decisión unilateral del estado afectado. No tendríamos nada que objetar si la jurisprudencia y la ciencia del derecho construyeran este derecho de queja como una categoría especial, como la acción de un titular de un derecho internacional procesal; pero, si se pretende equiparar este caso con la excepción que señalamos para la Silla apostólica, se diluye el concepto de sujeto de derecho internacional.[11]

A partir de la aparición de los libros de J. J. Moser y a fin de ocultar tras de hermosas palabras ciertas relaciones de poder, se introdujo en el derecho internacional el concepto de estado semi-soberano. El término mencionado sirve a sus creadores para designar algunas competencias internacionales que corresponden a comunidades dependientes: el estado miembro de un estado federal, el protectorado y el estado vasallo. Este embarazoso concepto de la semi-soberanía constituye un síntoma inequívoco de que la ciencia del derecho, tanto en este problema como en la cuestión relativa a la naturaleza de los estados miembros de un sistema federal, está colocada delante de un dilema.[12] Analizando el problema desde un punto de vista teórico, la solución no se presta a dudas: de la misma manera que no puede existir una soberanía estatal dividida, tampoco puede darse una semi-soberanía en el derecho internacional; por tanto, o estamos en presencia de un sujeto de derecho soberano o delante de una comunidad subordinada a un sujeto de derecho soberano, pero, en esta segunda hipótesis, la comunidad subordinada no puede ser reputada un sujeto de derecho internacional, sino, exclusivamente, un órgano del sujeto soberano. La pregunta acerca de la subordinación real de una comunidad a otra puede tropezar con graves dificultades prácticas; de ahí que la doctrina deba esforzarse en la elaboración de conceptos claros, lo que no excluye la necesidad de la investigación de la realidad y aun el apartamiento de la elaboración puramente teórica cuando esté en oposición con la situación real. Pero en ningún caso le está

[11] Consúltese la discusión en la séptima asamblea anual de la *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht* (*Sociedad Alemana para el Derecho Internacional*).

[12] Consúltese lo que decimos en la p. 214.

permitido a la doctrina legitimar, al través de sus conceptos, las aspiraciones o resentimientos de las diversas fuerzas sociales. Por lo demás, la tesis de que los estados miembros de un sistema federal no poseen ni soberanía estatal ni soberanía internacional, se ha impuesto en la doctrina. En cambio, en los últimos tiempos se ha generalizado la creencia en una semi-soberanía del protectorado o del estado vasallo. Semejante creencia, más o menos admisible por razones de índole política, no puede ser retenida por la ciencia del derecho, pues encierra, entre otras, la contradicción siguiente: de un lado, la frase: *la promesa de protección no afecta en ningún punto la soberanía del estado protegido —protectio non involvit subjectionem* (la protección no implica sujeción)— y del otro, la declaración de que *el estado protector posee la potestad suprema,* [13] son sin duda alguna proposiciones contradictorias: atribuir la soberanía a la comunidad protegida y, al mismo tiempo, establecer que corresponde a otro estado la facultad de aprobar, vigilar o vetar la política exterior de la comunidad protegida, es tanto como convertir el concepto de soberanía en su noción opuesta. [14]

Es indispensable juzgar y decidir, siguiendo criterios substanciales más profundos, si la comunidad protegida es una unidad universal de decisión y acción contractualmente limitada, en cuyo caso es, no semisoberana, sino, simplemente, soberana, o si el tratado es, lisa y llanamente, uno de los procedimientos más suaves de la expansión colonial. La confusión entre estos dos casos, tan distantes jurídicamente como el cielo y la tierra, y su inclusión dentro de la categoría del protectorado, sin determinar las diferencias que entre ellos existen, significaría tanto como borrar lo que hay de fundamental y decisivo en la distinción jurídica.

Sin siquiera intentar un análisis exhaustivo del intrincado mar de problemas que suscitan las ideas de estado semisoberano, protectorado, etcétera, deseamos no obstante señalar los puntos de vista que afectan directamente a nuestro tema y que pueden ser decisivos para su solución correcta. El elemento determinante es aquí la posición que guarden el derecho y el poder: si en virtud del derecho escrito o de normas consuetudinarias, un estado está

[13] Entre otros muchos, Liszt-Fleischmann: *Obra citada,* pp. 99 y 106.

[14] En este sentido Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), pp. 120 y s.

facultado y dispone de la fuerza necesaria para imponer a otra comunidad humana medidas relacionadas con su derecho interno, tendremos que concluir que dicha comunidad no puede ser aceptada como sujeto de derecho desde el punto de vista del derecho internacional, sino como un país dependiente no-soberano; su competencia internacional, en el terreno de la política comercial, entre otros aspectos, debe reputarse como un radio de actividad delegado por el estado dominante. Por lo contrario, si el estado reputado dominante alega, no como un simple pretexto para eludir un compromiso, sino mostrando la verdad de los hechos y de las situaciones, que ni por consideraciones de índole jurídica, ni por la fuerza material de que dispone, está en aptitud de inducir a la comunidad de que se trate al cumplimiento de sus deberes internacionales, tendremos entonces que concluir que esta segunda comunidad no se encuentra en una relación de protectorado o vasallaje, sino que es soberana. En la solución del problema que nos ocupa son de gran importancia práctica las preguntas relativas a la responsabilidad internacional: la soberanía estatal e internacional del estado federal determina que toda acción u omisión de un estado miembro contraria al derecho internacional sea considerada como delito del estado federal.[15] De conformidad con la fórmula fundamental: *nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet* (nadie puede transferir más derecho que el que él mismo tiene), la misma solución se aplica al estado protector o al titular de un vasallaje, conclusión que permite a su vez afirmar expresamente que la soberanía no puede disolverse ni en el derecho estatal ni en el derecho internacional, así como también que significa algo más que la simple capacidad de acción internacional.[16]

La condición de los dominios ingleses debe asimismo juzgarse, desde el punto de vista internacional, de conformidad con las ideas expuestas: hasta la primera guerra mundial eran, internacionalmente, países dependientes; su capacidad de acción inter-

[15] Triepel: *Obra citada*, pp. 359 y ss. Schoen: *Die völkerrechtliche Haftung* (*La fianza jurídica internacional*), pp. 100 y ss. Anzilotti: *Corso di Diritto Internazionale*, pp. 269 y ss. Moore: *Digest*, tomo VI, pp. 663 y s.

[16] Es característica la exposición de Strupp: *Das völkerrechtliche Delikt* (*El delito internacional*), pp. 24 y ss. Considera que el concepto de soberanía conduce únicamente a confusiones, pero se ve sin embargo obligado a recurrir a él cuando trata de determinar el concepto de delito internacional. Consúltese lo que decimos en la p. 102, nota 2.

nacional, no obstante la independencia del Canadá, ocurrida en el año de 1907, debe considerarse delegada por la madre patria. La razón fundamental de esta conclusión consiste en el hecho de que los dominios, sin declaración de guerra, entraron a la lucha como consecuencia de la declaración inglesa. Cuál es la condición jurídica de los dominios y de su poder en el momento de la publicación de este libro, es una cuestión que no puede decidirse por ahora: en la conferencia de la paz de París, los representantes de los dominios y los de la India se presentaron con plenos poderes firmados por el rey inglés; su aceptación en la Sociedad de las Naciones [17] y la Conferencia del Imperio de 1926 tampoco proporcionan una solución definitiva. [18] La práctica de la Sociedad de las Naciones no ayuda a obtener una decisión final sobre si el aumento del número de votos a siete, después de la admisión de Irlanda, implica que esos votos corresponden jurídicamente a una unidad decisoria representante de un cuerpo político, o si se trata de votos y de estados independientes de una unión de estados o, finalmente, si estamos en presencia de una unión personal. Tampoco decidiría definitivamente el problema la consideración de una posible discrepancia entre la madre patria y los dominios respecto de alguna cuestión sometida a la asamblea de la Sociedad de las Naciones.

Creemos haber demostrado que la soberanía es un elemento constitutivo del concepto de derecho internacional. Ahora bien, la teoría que venimos sustentando respecto del estado, al que concebimos como una unidad territorial universal de decisión y acción, encuentra su más importante fundamento y su más fuerte defensa en los hechos del nacimiento y de la muerte de la personalidad del derecho internacional.

De conformidad con la doctrina más generalizada, el ser del estado sólo puede fundarse desde un punto de vista jurídico en un acto de su propia voluntad. [19] Aun colocándonos dentro

[17] Consúltese lo que dice Schüking-Wehberg: *Obra citada*, pp. 178 y s.

[18] Consúltese lo que dicen Löwenstein: *Jahrbuch für Öffentliches Recht* (*Anuario de Derecho Público*), tomo XIII, p. 404 y, especialmente, Heck: Der Aufbau des britischen Reiches (*La construcción del Imperio Británico*), libro en el que se cita una amplia bibliografía. Es de gran importancia la declaración de Chamberlain de 9 de marzo de 1927 en la Sociedad de las Naciones: *"I sit here as the representative of Great Britain and the Dominions, but the Dominions sit in the Assembly in their own name."*

[19] Jellinek: *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del estado*), p. 274.

de la tesis, defendida por la doctrina dominante, de una voluntad del estado carente de contenido, y aun aceptando la falsa hipótesis de la existencia de los elementos del estado no vinculados estrechamente los unos a los otros, aun así, el valor de la frase que inicia este párrafo resulta indiscutible: el hecho internacional *estado* debe su origen, única y exclusivamente, al acto de voluntad que lo constituye y en manera alguna a una norma jurídica, ya sea estatal o internacional. El hecho de que sobre un territorio se afirme como independiente una unidad de poder decisoria universal, constituye el punto de enlace para todas las normas del derecho internacional. En la célebre polémica entre Inglaterra y Francia, fundamental para el problema del nacimiento de un estado, respecto del reconocimiento efectuado por el gobierno francés el 6 de febrero de 1878 de los Estados Unidos de América, los representantes franceses establecieron firmemente la tesis siguiente: puesto que todos los intentos de los ingleses para someter a los americanos habían fracasado, era suficiente para Francia que las antiguas colonias *auraient établi leur indépendence, non seulement par un acte solennel, mais aussi par le fait et qu'elles l'auraient maintenu contre les efforts de leur mère patrie*. Francia, agregaron los delegados, no tenía que juzgar de la legitimidad del poder territorial de los Estados Unidos.[20] En consecuencia, en la cuestión relativa al nacimiento de un estado se trata, primariamente, de una situación no regulada por el derecho, la cual, por otra parte, no necesita estar regulada por él; se trata de una situación de hecho, consistente en que, sobre un territorio determinado, un estado logre afirmarse tanto en el interior como hacia el exterior.[21]

Plantados en el campo de la teoría, no es siquiera imaginable la existencia de una norma jurídica aplicable a un poder decisorio antes de su nacimiento. El derecho estatal y el internacional cobran vigencia única y exclusivamente al través del acto de voluntad que los crea. Por tanto, la teoría y la práctica contradicen la afirmación siguiente, que aparece frecuentemente en la literatura jurídica de nuestros días:

[20] Martens: *Nouvelles Causes Célebres*, tomo I, p. 984.

[21] En este mismo sentido, Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 131.

Debe existir una norma jurídica como presupuesto indispensable para que un conjunto de acciones determinado pueda considerarse como una instancia creadora de derecho.[22]

Para el derecho internacional, *el estado no es un hecho regulado por el propio derecho internacional,*[23] sino *un hecho presupuesto.* Aquí se revela, con la mayor claridad, la soberanía del estado, por cuanto, mediante la ruptura del derecho positivo y por el simple hecho de afirmarse, la unidad territorial decisoria que lo logra puede crear nuevo derecho. Para entender debidamente esta circunstancia, que no es desconocida por los juristas, no es suficiente el concepto de capacidad de acción, ya que se requiere inevitablemente acudir a la idea de soberanía; tampoco podemos identificar la circunstancia señalada con el concepto de *competencia internacional,* ni es finalmente posible concebirla como un principio de inmediatez jurídica internacional.[24]

Las circunstancias de que el nacimiento del estado no sea un proceso regulado por el derecho internacional y de que la unidad territorial decisoria universal sea un estado soberano, aun cuando no se encuentre en ninguna relación jurídica internacional, tienen que ser los puntos de partida para la solución del problema del reconocimiento internacional de un estado. En la polémica relativa al significado declarativo o constitutivo del reconocimiento internacional, es necesario distinguir, ante todo, según que se tenga a la vista el reconocimiento de un *hecho* como *estado* o el reconocimiento del mismo hecho como *sujeto de derecho internacional.* Resulta evidente que en el primer caso, el reconocimiento no puede ser constitutivo, pero, en el segundo, no puede

[22] Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), p. 58. Kelsen: *Obra citada.*

[23] Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 129. Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), pp. 228 y ss. También aquí la soberanía, separada de la positividad, toma su venganza; bajo el supuesto de la norma *pacta sunt servanda,* piensa Verdross: *Obra citada,* p. 124, que entre el estado de naturaleza y el estado jurídico fundado en un contrato no existe ninguna diferencia esencial. Pero con esta doctrina regresaríamos al derecho natural del Iluminismo.

[24] En este mismo sentido, Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), pp. 118 y s. Justificadamente ha hecho notar en los últimos tiempos John Fischer Williams: *Sovereignity, Seisin, and the Leage,* en el *British Yearbook of International Law,* 1926, p. 31, que aún en el supuesto de que no se llegara a la debelación, *the consent of dispossesed State is not a condition sine qua non of a valid transfer of territory.*

ser meramente declarativo. El derecho internacional tiene que aceptar el nacimiento de un estado como *un fait accompli*; por tanto, la cuestión que se plantea no se dirige a determinar si el estado es o no es reconocido, ya que, lisa y llanamente, tiene que ser admitida su existencia. Lo que tiene que ser reconocido por el derecho en este *fait accompli* es su calificación internacional. De la misma manera que cuando un esclavo se convierte en sujeto de derecho, el hecho mismo del nacimiento no tiene que ser reconocido por los terceros, así también, cuando un estado nace, el hecho mismo de su nacimiento no requiere del reconocimiento de la comunidad internacional. Pero si el esclavo debe ser admitido como sujeto de derecho por una comunidad jurídica, su admisión exige determinados actos de voluntad de los miembros integrantes de la comunidad. Por tanto, el reconocimiento internacional de un nuevo estado se refiere, exclusivamente, a la categoría de sujeto de derecho internacional y requiere, inevitablemente, de dos elementos: un acto de voluntad de quienes reconocen la categoría y la aceptación voluntaria efectuada por el estado reconocido. Antes de la consumación del reconocimiento, el nuevo estado carece de subjetividad de derecho internacional y, en consecuencia, no pueden existir relaciones jurídicas entre él y quienes ya poseen la categoría de sujetos de derecho internacional, de la misma manera que no pueden establecerse relaciones jurídicas entre un esclavo y un sujeto de derecho. Conviene agregar que no existe ninguna norma jurídica que obligue a los estados al reconocimiento del hecho como sujeto de derecho internacional. [25]

No existe contradicción alguna entre la consideración del estado, aún no reconocido internacionalmente como un hecho al margen del derecho internacional, y la aceptación de la validez

[25] Consúltese lo que dice Anzilotti: *Corso di Diritto Internazionale*, pp. 91 y s. La opinión contraria priva al derecho internacional de sus fundamentos esenciales y a los sujetos de derecho internacional de la soberanía, pero, a pesar de sus ficciones, cae en contradicciones internas. Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 128, considera a los estados, antes de su reconocimiento, como órganos internacionales jurídicos, pero sólo como *miembros potenciales* de la comunidad de estados fundada en la norma *pacta sunt servanda*. Pero esta comunidad de estados, como el mismo Verdross confiesa (consúltese lo que decimos en la p. 248, nota 29), no es, todavía, una comunidad jurídica; los estados no reconocidos son, en consecuencia, órganos jurídicos de una comunidad que aún no adquiere carácter jurídico.

de los actos que realice en su interior como actos estatales, pues el reconocimiento internacional se refiere exclusivamente a la personalidad internacional del nuevo estado, circunstancia que no afecta sus determinaciones jurídico-estatales. No obstante que la comunidad internacional no reconozca como normas jurídicas a ninguna de las expedidas por el nuevo estado, es sin embargo posible que las acepte como normas jurídicas del nuevo estado, a condición, claro está, de que los sujetos de derecho internacional comprueben el hecho, que en forma alguna es un hecho internacional, de que sobre el territorio de que se trate se ha impuesto una unidad decisoria universal. Sin duda, los actos estatales del nuevo organismo no-reconocido, no pueden crear derecho internacional, pero desde un punto de vista jurídico pueden producir importantes efectos para otros estados. La producción de estos efectos no está subordinada a la circunstancia de que el derecho internacional otorgue validez a los actos en el interior y en el exterior, ni es tampoco necesario que el estado al que afecten decida si los actos en cuestión deben ser tratados como si provinieran de un estado reconocido. Para la legitimidad de estas conclusiones no es necesario señalar la existencia de alguna norma jurídica que las apoye; sería un señalamiento superfluo, pues los únicos actos estatales que requieren un reconocimiento internacional son aquellos que producen efectos normativos en el derecho internacional. Si un acto estatal de un estado no-reconocido o un acto de un gobierno no-reconocido, casos que se reducen a uno en el problema que analizamos, es llevado a un tribunal por un sujeto de derecho internacional, resulta imposible, para este tribunal, negar el hecho de que, sobre aquel territorio, está constituida una unidad decisoria, cuyos representantes disfrutan de una obediencia normal y cuyos mandamientos valen en el territorio como mandamientos jurídicos. Todos estos hechos sociales, como tales, tienen que ser admitidos por el tribunal; son hechos que se refieren, única y exclusivamente, a la función de conocimiento, por lo que ninguna norma jurídica puede ordenar su conocimiento: el tribunal, sin tener que apoyarse en norma jurídica alguna, puede aceptar que si "A" privó en aquel estado a "B" de la propiedad de una cosa en contra de su voluntad, pero en virtud de una norma que vale en el estado como jurídica, "A" no es un ladrón; puede también el tribunal aceptar que en

ese estado se ha efectuado una expropiación. En tanto no esté sometida a juicio la validez internacional de la expropiación, se tratará, simplemente, de la aceptación de hechos sociales. La circunstancia de que el acto estatal del estado no-reconocido nada tiene que ver con el derecho internacional, se clarifica en el instante en que el estado hace resaltar su inmunidad frente a cualquier tribunal extraño a él. Sin el reconocimiento, aún provisional, del estado o del gobierno revolucionario, no puede hablarse de un sujeto de derecho internacional: hablar de la existencia internacional o de la subjetividad internacional potenciales [26] del estado no-reconocido, tendría el mismo valor que hablar del esclavo como sujeto de derecho potencial o como una cosa de relevancia jurídica.

Los desarrollos teóricos que anteceden han recibido en la práctica plena confirmación: la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América declaró, en el año de 1808, que la soberanía del nuevo estado es anterior al tratado de reconocimiento; dicha soberanía es *anterior to and independent of the treaty*, por lo que el nuevo estado podría determinar desde luego qué personas poseen su nacionalidad. [27] El Tribunal Federal Suizo sustentó la tesis siguiente en la ejecutoria de 5 de octubre de 1905: "Aun en el supuesto de que los actos de un estado —un estado presupone la existencia de un poder estatal, independientemente de que su reconocimiento haya sido negado en forma expresa por todos o por algunos estados— no aparezcan como legítimos ante el derecho internacional, aún así, los actos internos del estado que reúne los caracteres mencionados deben ser observados en su interior como si provinieran de un gobierno regular desde el punto de vista del derecho internacional, quiere decir, las instituciones de una comunidad de poder efectivo deben ser cumplidas por sus miembros, independientemente de que sean conformes o estén en contradicción con el derecho internacional. [28] Particularmente claras son las decisiones de los Estados Unidos de América respecto de los actos estatales del gobierno

[26] En este sentido, Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 140.

[27] Moore: *Digest*, tomo III, p. 289.

[28] *Zeitschrift für Völkerrecht* (Revista de Derecho Internacional), tomo I, p. 280.

soviético antes de su reconocimiento;[29] en el caso de la *Russian Reinsurance Company* se manifestó claramente el principio que sostenemos:

> The fall of one governmental establishment which actualy governs, which is able to enforce its claims by military force and is obeyed by the people over whom it rules, must profoundly affect all the acts and duties, all the relations of those who live within the territory over which the new establishment exercises rule. Its rule may be without lawful foundation; but lawful of unlawful, its existence is a fact, and that fact cannot be destroyed by juridical concepts.

Resulta por tanto incomprensible que Verdross, que cita las últimas palabras de esta decisión, quiera encontrar en ellas la prueba de que los estados y gobiernos no-reconocidos: "son competentes, según el derecho internacional, para imponer aquellos actos estatales que, de conformidad con el mismo derecho internacional, pertenecen al círculo interno de los estados".[30] Estas decisiones prueban, sin dejar lugar a dudas, que el nacimiento de un estado no puede ser regulado jurídicamente, así como también que el reconocimiento internacional es un acto constitutivo de la subjetividad internacional.

De la misma manera que un estado soberano puede nacer en contra de las disposiciones del derecho estatal vigente y de las normas del derecho internacional, puede igualmente desaparecer, independientemente de que su muerte lesione las reglas del derecho internacional o contradiga los principios del derecho estatal. En tanto la doctrina jurídica constitucional estatal considera discutible la continuidad del estado, en el caso de una transformación revolucionaria de su constitución, en el derecho internacional, sin género alguno de duda, vale la tesis de que la desaparición de un estado no es un fenómeno idéntico a la supresión de la vigencia de una determinada constitución positiva. De conformidad con el derecho internacional consuetudinario, la individualidad estatal, quiere decir, el sujeto de derecho internacional, conserva su identidad, aún en el supuesto de que su constitución y su gobierno

[29] Consúltense los ejemplos tan afortunadamente citados por Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), pp. 134 y ss.

[30] *Obra citada,* pp. 136 y s.

hayan sido transformados radicalmente.[31] Esta norma del derecho internacional consuetudinario es la prueba concluyente de que la relación: *derecho internacional y estado*, debe ser entendida como una relación entre voluntad y norma y no como una relación entre dos órdenes jurídicos.[32] La norma a que nos venimos refiriendo no podría existir si se disuelve al estado en el derecho positivo y si se rechaza la existencia de una voluntad estatal, que radica en el pueblo, y que es independiente de los cambios históricos de la forma del estado; la voluntad estatal, radicada en el pueblo, es justamente lo que importa en el caso que consideramos. Esto es lo que se desprende de la sentencia de 5 de julio de 1901 del Tribunal franco-chileno: "*l'usurpateur qui détient en fait le pouvoir avec l'assentiment expres ou tacite de la nation agit et conclut valablement au nom de l'état*"; en consecuencia, el gobierno legítimo restaurado tiene que aceptar los actos realizados por el usurpador.[33]

De las consideraciones expuestas se desprende que el nacimiento y la muerte de una unidad decisoria soberana dependen de su existencia como un poder social de hecho; de lo cual se deduce, a su vez, que el nacimiento y la muerte del estado no están determinados por el derecho internacional, sino que, por lo contrario, son ellos los que determinan el derecho internacional.

Los párrafos de este capítulo demuestran que la soberanía de un poder territorial decisorio universal, aún del que se afirma en contra del derecho internacional, es el presupuesto fundamental de la subjetividad internacional. Es posible que se compruebe la existencia de una o varias excepciones a los principios expuestos, mas aún, que se imagine la posibilidad de algunas otras, pero la elaboración del concepto de sujeto de derecho internacional sobre estas excepciones equivaldría a estudiar la anatomía del derecho internacional en sus aspectos patológicos. La circunstancia de que

[31] Hall-Higgins: *Obra citada*, p. 20. Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), que cita excelentes ejemplos.

[32] En este sentido Kelsen y Verdross (consúltese lo que decimos en la p. 240). Kelsen establece que en la desaparición del estado se trata de la desaparición del poder del estado: *Obra citada*, p. 149 y de la nueva validez del mismo sujeto de derecho internacional en la medida en que la nueva constitución logra imponerse a la misma comunidad: *Obra citada*, p. 151.

[33] *Revue Fauchille*, tomo 29, pp. 279 y s. Consúltese, también la pp. 275 y s.

la realidad muestre fenómenos pasajeros, es una verdad trivial. Los conceptos jurídicos, como todos los que se refieren a la vida en común de los miembros de una comunidad, son conceptos representativos o tipos ideales, pero no son conceptos-especie. Mientras más se pasa del derecho civil al derecho público y al internacional, el número de bases abstractas se reduce. De estas consideraciones se deduce, con absoluta claridad, que los conceptos jurídicos no permiten, sin más, su inclusión lisa y llana en una especie, toda vez que, al ser obtenidos por aislamiento lógico o por su idealización, representan apariciones individuales, dotadas de peculiaridades típicas, razones por las cuales los significados científicos no agotan su individualidad. Por los mismos motivos, los conceptos jurídicos únicamente en su centro poseen algo de macizo, pero tienen en sus orillas una especie de declive. La idea de la soberanía es precisamente el elemento central del concepto sujeto de derecho internacional. Pero desechar este concepto porque en sus orillas presenta un cierto declive, provocaría una grave confusión en el proceso de elaboración de los conceptos de las ciencias natural y cultural y produciría el efecto de hacer inconstruible el concepto de sujeto de derecho internacional.

La consecuencia de todo lo expuesto consiste en que la soberanía no es una expresión superficial, resultado de una falta de pureza en el conocimiento jurídico, sino que es la expresión indispensable de la cualidad de una unidad territorial de voluntad decisoria y universal que permite a la unidad de que se trate afirmarse aún en contra del derecho positivo. Lo cierto es que ni la positividad del derecho internacional ni la subjetividad jurídica pueden concebirse sin este concepto de la soberanía.

CAPÍTULO OCTAVO

LA AFIRMACIÓN DE LA SOBERANIA EN Y CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL

En la medida en que la doctrina moderna del derecho internacional no elimina la totalidad del concepto de soberanía, procura, por lo menos, hacerlo inofensivo. A este efecto, pretende arrancarle las manos y los pies, explicando la naturaleza de la soberanía, ya como una especie de la capacidad jurídica de acción, bien como una competencia internacional, ya, finalmente, como una esfera de libre acción concedida por el derecho internacional. Ninguna de estas explicaciones puede ser aceptada, pues el derecho internacional no puede explicar por sí solo el concepto y la actividad del estado, ante todo porque, según se deduce de lo expuesto en los capítulos precedentes, presupone la existencia de dos unidades territoriales decisorias. En consecuencia, y en la medida en que se da la posibilidad de una ruptura del derecho internacional y en que, por tanto, se da también la posibilidad de que se afirme una soberanía, resulta que de ninguna manera puede explicarse la naturaleza de la soberanía como una competencia delegada por algún sistema de derecho internacional.

La tesis que defendemos se manifiesta, en primer término, en la doctrina, que nunca ha sido puesta en duda, de que el derecho internacional se dirige directa y exclusivamente a los estados, de donde se deduce que es indispensable el advenimiento de un acto especial de la voluntad del estado dirigido a otorgar validez interna a la norma internacional.[1] Además, la circunstancia de que un acto estatal contrario al derecho internacional sea y subsista como derecho hasta que otro acto estatal disponga lo contrario, es una cuestión que tampoco puede negarse. O expresado con otras palabras, el derecho internacional se realiza siempre, quiere decir, exclusivamente, al través de actos estatales. La posibilidad de un derecho estatal contrario al derecho internacional podría únicamente combatirse haciendo uso de la fórmula siguiente: *lo que no debe ser no puede ser.*

Y la verdad es que nuestros puntos de vista han sido comba-

[1] Entre todos, Triepel: *Obra citada,* pp. 9, 111 y ss. Anzilotti: *Corso di Diritto Internazionale,* pp. 30 y ss.

tidos, precisamente, con la fórmula que acabamos de transcribir. Ya sabemos que el *via crucis* del racionalismo jurídico es nada menos que el acto culposo del estado: el jurista racionalista que quiera ser consecuente con su pensamiento tendrá que admitir que es "lógicamente imposible imputar a la personificación del derecho un acto contrario al derecho, esto es, no es posible atribuir a una voluntad jurídica un querer no jurídico". Puesto que el jurista racionalista sólo puede concebir la existencia de un derecho internacional válido "si las normas jurídicas de los estados particulares y las del derecho internacional integran un sistema jurídico unitario", un acto contrario al derecho internacional —tal es la consecuencia que se desprende de la doctrina kelseniana— es inimaginable. El acto contrario al derecho internacional sería nulo no sólo para el derecho internacional, sino también para el estatal.[2]

La tesis de Kelsen está de tal manera en contradicción con la teoría y la práctica de todos los pueblos, que aun dentro de su misma escuela, los discípulos que se dedicaron al estudio del problema del derecho internacional se vieron obligados a rechazarla.[3] Sin embargo, Verdross, en su calidad de jurista racionalista,[4] tuvo que construir los órdenes jurídicos estables como miembros externos del orden jurídico internacional y, consecuentemente, concibió la soberanía como *un haz de competencias internacionales*, o sea, como una esfera de actividad libre concedida a los estados por el derecho internacional; los estados pueden, de acuerdo con la tesis que comentamos, diversificar los grados de su actividad libre, pero no pueden modificar la esencia de la esfera de acción que les pertenece.[5]

Es en este punto donde se muestra en todo su esplendor el problema de la soberanía. *Hic Rhodus, hic salta.* Justamente el fenómeno del acto estatal contrario al derecho, que tiene la misma

[2] Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), pp. 147 y ss.

[3] Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), pp. 165 y ss. Del mismo autor: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), pp. 34 y ss. Sander: *Staat und Recht* (*Estado y derecho*), tomo II, p. 1138.

[4] Conviene hacer una reserva, pues el profesor Verdross, en sus últimas obras, se inclina hacia una postura que deriva de lo que el mismo maestro austriaco denomina "la filosofía perennis".

[5] Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), pp. 34 y s., 118 y ss., y 182.

naturaleza en el derecho interno y en el internacional, es lo que constituye el hecho unitario de la soberanía. Precisamente porque no puede existir sobre la unidad universal de decisión y acción otra unidad de la misma especie, el problema de la soberanía es el problema de la custodia efectiva del custodio, de donde se deduce que el problema de la soberanía es algo esencialmente distinto a la existencia de una esfera estatal de actividad interna libre: la libre actividad interna del estado es, de hecho, una desarticulación de un orden jurídico universal que no es el *derecho internacional*; pero, por otra parte, un principio fundamental nos dice que el acto estatal contrario al derecho es nulo. Ahora bien, cuando el acto estatal contrario al derecho se transforma en derecho, el fenómeno ocurre, no con fundamento en una norma jurídica positiva, sino como resultado y expresión de la soberanía, que se afirma como creadora de derecho nuevo en contra del derecho hasta entonces vigente. Los actos estatales contrarios al derecho adquieren carácter normativo a condición de que no los destruya otro acto de la misma instancia o de una instancia superior. Esta destrucción supone, ante todo, una universalidad potencial y, en segundo lugar, la efectividad actual de la decisión destructora. Pero estas dos cualidades únicamente se reúnen en nuestros días en el estado soberano; todavía no existen sobre el estado ni una unidad decisoria ni una unidad de acción universales, capaces de impedir que el acto estatal contrario al derecho se transforme en derecho. En tanto exista el derecho internacional y en la medida en que no esté sustituido por un estado mundial, tienen que existir estados soberanos, de donde surge la posibilidad de que un acto estatal violador del derecho del estado o del internacional, cree final e inapelablemente un derecho nuevo. Las circunstancias de que, en el supuesto que consideramos, la historia universal se eleve a la categoría de un juzgado terrestre y de que la guerra sea el único procedimiento capaz de decidir definitivamente la disputa, no son un invento del imperialismo carente de creencias y de moral de nuestro tiempo, sino un pensamiento que sirvió de base a la Edad Media y particularmente a Santo Tomás de Aquino para determinar el concepto del príncipe, que era el concepto del estado de aquella época: *Non... pertinet ad personam privatam bellum movere; quia potest jus suum in iudicio superioris prosequi*

(No pertenece a la persona privada promover la guerra, puesto que puede defender su derecho ante el juicio del superior).[6]

Ciertamente existen y han existido siempre, desde las épocas más remotas, medios pacíficos para resolver los conflictos entre los estados. Especialmente en los últimos siglos, los estados han construido numerosas instancias decisorias internacionales destinadas a decir el derecho en los casos controvertidos. Pero el derecho internacional no conoce todavía una instancia decisoria general y tampoco puede existir una unidad decisoria universal en tanto subsistan estados soberanos.

Hasta la Primera Guerra Mundial, los tribunales internacionales eran instancias decisorias creadas por el acuerdo libre de los estados e integradas en cada caso concreto, pero denunciables en todo tiempo; funcionaban por medio de jueces libremente elegidos por los estados y resolvían en nombre de los estados que los constituían y que designaban a los jueces. La realidad es que únicamente las controversias de menor importancia se sometieron a su decisión. Consideramos innecesario agregar que esta forma de resolver algunas controversias en manera alguna afectó la soberanía de los estados.

La cuestión de la soberanía adquirió perfiles nuevos para los miembros de la Sociedad de las Naciones y para los estados sujetos a las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya. Sin embargo, los principios fundamentales del orden contractual libre de la comunidad internacional no se modificaron; y también se conservaron los principios básicos de la voluntariedad y de la unaminidad. Por una parte, la Sociedad de las Naciones y los tribunales que dependieron de ella no constituyeron una unidad decisoria universal y, por otra, la soberanía de los estados quedó esencialmente salvaguardada.[7]

[6] *Summa, secunda secundae, questio*, XL, artículo I, 1, citado por Verdross: *Einheit des rechtlichen Weltbildes* (*Unidad del orden jurídico universal*), p. 19. Consúltese la exposición de Kant, según lo que decimos en la p. 230.

[7] En este sentido Schüking-Wehberg: *Die Satzung des Völkerbundes* (*El estatuto de la Sociedad de las Naciones*), p. 88. Consúltese lo que decimos en la p. 257, nota 21 y la declaración de León Bourgeois de 24 de enero de 1924, ante el Senado francés, citada por Schmitt: *Kernfrage des Völkerbundes* (*La pregunta de la Sociedad de las Naciones*), p. 10. Consúltese, además, la discusión en la sexta sesión de la Primera Comisión de la Sociedad de las Naciones, de 20 de octubre de 1926, entre Hurst, Barthelemy, Scialoja y Lathan; este último declaró, apoyando a Hurst, que creía que: *si l'on ne saurait limiter à l'avance l'activité future de la Société, il ne fau-*

La Sociedad de las Naciones, una de las instancias jurisdiccionales internacionales, no es una unidad decisoria universal; le falta el principio *obligatorium*, quiere decir, el deber, sin excepción, de la solución pacífica de los conflictos —más adelante volveremos al tema— no existe y no puede existir. Lo que es obligatorio es el intento para lograr una solución pacífica. Pero la guerra, aun la guerra agresiva, está expresamente prevista, si bien es cierto que se establecieron numerosas disposiciones para la determinación de su licitud. Así, a ejemplo y haciendo a un lado las intervenciones armadas que se denominan *ejecuciones* en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, se encuentra prevista una guerra lícita en el caso de que el Consejo no logre una decisión unánime en los conflictos que no caigan dentro de la jurisdicción internacional; por otra parte, el propio Consejo está obligado a respetar la oposición de los estados en conflicto. También está admitida la posibilidad de la guerra si las partes interesadas no se adhieren a la decisión. Una tercera hipótesis se presenta si el Consejo no dicta su resolución dentro de un plazo de seis meses o el tribunal que se hubiese constituido no lo hace dentro de un término razonable.[8]

La guerra quedó expresamente prevista, entre otras disposiciones, en el artículo 15 del Pacto de la Sociedad de las Naciones:

> Si une des Parties prétend et si le Conseil reconnait que le différend porte sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette Partie, le Conseil le constatera dans un rapport, mais sans recommander aucune solution.

Esta disposición es decisiva para fijar la naturaleza de la Sociedad de las Naciones y de la soberanía de sus miembros. Se ha designado el caso contemplado en el precepto transcrito con el nombre de *caso de la soberanía*. La primitiva redacción del artículo 15, fracción VIII, ocultaba la idea con las palabras siguientes: *Question qui, en droit public, est du ressort exclusif de la jurisdiction législative nationale d'une des parties*. Últimamente se denomina esta situación: *affaire domestique* o *domaine réservé*.

drait pas oublier que chaque pays désire être le maitre dans ses affaires internes, et il creit qu'il serait de l'avantage de la Société de ne pas l'oublier.

[8] Consúltese lo que dice Schüking-Wehberg: *Obra citada*, pp. 92 y ss. y 596. En esta obra se sostiene una interpretación del artículo 15, fracción VIII, del Pacto de la Sociedad de las Naciones, contraria al significado gramatical y al espíritu de dicho precepto, misma interpretación que refutamos en el texto de este libro.

Si deseamos comprender debidamente este *caso de la soberanía*, según el concepto que hemos elaborado de la noción de soberanía, necesitamos, ante todo, precisar su verdadero alcance: desde un punto de vista formal está constituido por todas aquellas cuestiones no sujetas a arbitraje o a la decisión de los tribunales internacionales. Desde el punto de vista material comprende, según la doctrina más generalizada, si bien existen algunos opositores, los intereses vitales, el honor, la independencia y el derecho constitucional de los estados. Según la naturaleza de las cosas —y hemos de volver sobre el tema—, las materias que quedan incluidas dentro de las cuestiones mencionadas son necesariamente indeterminadas. Los autores del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que aceptaron en el estatuto el artículo 15, fracción VIII, a propuesta del presidente Wilson y de algunos estados neutrales, pensaban, en aquel momento, en las importantes cuestiones que interesaban a la política norteamericana de aquel entonces: la inmigración de razas extrañas, la doctrina Monroe, las tarifas arancelarias y la ciudadanía estatal.[9] En el proyecto de ley para la ratificación del Tratado de Versalles, que fue rechazado por el Senado de los Estados Unidos de América el 13 de marzo de 1920, se mencionaban, además de las materias citadas, los problemas del trabajo, el comercio de cabotaje y, en general, la trata de blancas y de menores de edad, el tráfico del opio y demás drogas y, finalmente, terminaba el proyecto con estas palabras características: *And all others domestic questions.*[10]

Hay una increíble falta de claridad en la literatura relativa al alcance de la competencia a la que se extiende el artículo 15, fracción VIII, del Pacto de la Sociedad de las Naciones, pero no hay que alarmarse demasiado, pues creemos que no está precisamente determinada por consideraciones de naturaleza política. Un buen número de escritores se ocupa de esta competencia como si se tratara de la competencia de un órgano estatal; estos tratadistas discuten las relaciones que existen entre la Sociedad de las Naciones y el derecho internacional y entre estos dos elemen-

[9] Schüking-Wehberg: *Obra citada*, pp. 591 y s. Politis: *Obra citada*, pp. 49 y ss. Sobre el problema de la ciudadanía, consúltese el protocolo de la sesión de 7 de febrero de 1923 de la Corte de Justicia Internacional: *Publications, Série B*, núm. 4, p. 24.

[10] Henry Cabot Lodge: *The Senate and the League of Nations*, p. 185.

tos y el estado, con un estilo que parece referirse más bien a un conflicto de competencias entre dos órganos fiscales municipales de una misma provincia estatal. En el fondo de estas exposiciones yace la idea de un orden internacional universal decisorio sobre las respectivas competencias, esto es, de un sistema internacional normativo de todos los actos internacionales. Aun el acto contrario al derecho internacional creador de nuevo derecho internacional, debe concebirse como un acto normado por el propio derecho internacional, solución a la que llega fácilmente el idealismo jurídico, doctrina que, según sabemos, se conforma con una valoración lógica de los hechos, apoyada en la teoría de "la metamorfosis de los hechos en normas".[11] Si se acepta, como lo hace el idealismo jurídico, la existencia de una norma internacional fundamental carente de contenido es entonces posible afirmar que "también el derecho estatal depende de aquella norma fundamental, pues los límites dentro de los cuales pueden moverse y desarrollarse libremente los estados están en todo caso determinados por el derecho internacional".[12] Con este procedimiento se logran dos resultados: de un lado, se hace desaparecer el problema de la creación de derecho internacional mediante la ruptura del propio orden jurídico internacional; y al mismo tiempo se convierte la soberanía en un *análogo* de la competencia de cualquier presidente municipal. En Politis se encuentra un pensamiento semejante, cuando intenta la interpretación del tantas veces citado artículo 15, fracción VIII. El autor mencionado pretende eludir la respuesta a la pregunta sobre si el poder decisorio del estado es *reconnu ou seulement toleré* por el derecho internacional, usando del giro siguiente: *On se sent fort embarrassé pour choisir entre les deux thèses.* No obstante, su respuesta se precisa cuando dice que es "*en effet inconcevable que le droit décide lui-même que telle activité humaine reste lors de son empire*". Este *droit* a que se refiere Politis es idéntico al sistema jurídico universal de Kelsen, según el cual: la competencia de los estados se adquiere, única y exclusivamente, por delegación. Politis afirma que *le domaine reservé* está formado únicamente por *la somme des lacunes du droit*; pero a la pregunta sobre quién decide respecto de lo que compren-

[11] En este sentido, Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), p. 241.

[12] Verdross: *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (*La constitución de la comunidad jurídica internacional*), p. 35.

da *le domaine reservé,* recibimos como respuesta: "*En cas de contestation... par la voie internationale*";[13] de lo que resultaría una unidad decisoria siempre dudosa, pues basta pensar que los conflictos surgen, normalmente, de la oposición de las opiniones públicas.

En todos estos procesos ideológicos se pasa por alto que no es la Sociedad de las Naciones, sino el estado, la unidad decisoria universal. No es el derecho internacional quien delega la soberanía, sino que el estado, por actos de su voluntad propia, delega cierta competencia en la Sociedad de las Naciones. De estas dos circunstancias se deduce que en tanto es posible enumerar los asuntos que representan una obligación internacional de un sujeto soberano, pueden, en cambio, señalarse las materias que son *compétence exclusive* de una unidad decisoria universal. Es posible hablar de la competencia de las competencias del estado, término, por lo demás, nada hermoso y muy poco claro, pero con el cual, sin embargo, se pretende significar algo semejante a lo que expresa nuestro concepto de capacidad de decisión universal. Por lo demás, la identificación de los conceptos de competencia y soberanía es la expresión de la tesis que hace del estado una ficción, posición que a su vez permite postular la ficción de la *civitas maxima.*

Las limitaciones de la unidad territorial decisoria universal son únicamente posibles mediante convenio y respecto de cuestiones concretas expresamente señaladas. Cada instancia decisoria creada convencionalmente, un tribunal o una instancia arbitral o una mediación política, tiene como límites fijos la soberanía de los estados delegantes. El estado que no se ha sometido convencionalmente a una instanica decisoria es el único que decide, por sí y ante sí, dentro del marco de las normas jurídicas fundamentales, cuáles son los límites de su actividad. De ahí que el Senado de los Estados Unidos de América tuviera plenos poderes para dictar la resolución de 13 de marzo de 1920, en la que expresó: *The United States reserves to itself exclusively the right to decide what questions are within its domestic jurisdiction.*[14]

[13] Politis: *Obra citada,* pp. 48, 49, 51 y 56.
[14] Henry Cabot Lodge: *Obra citada.*

CAPÍTULO NOVENO

LOS LIMITES JURIDICOS Y EL CARACTER ABSOLUTO DE LA SOBERANIA

Las conclusiones de este ensayo pueden resumirse en las proposiciones siguientes: *la soberanía es la cualidad de una unidad territorial de decisión y acción, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, en los casos de necesidad, aun en contra del derecho.*

La circunstancia de que la soberanía conserve su carácter absoluto, no obstante la existencia de un derecho internacional bastante desarrollado y de la interdependencia que existe entre los estados, tanto la de naturaleza económica, como la que resulta de otras relaciones sociales, parece implicar una contradicción lógica insoluble para numerosos juristas. La verdad es que la solución jurídica del problema es sumamente sencilla.

La mayoría de las incomprensiones que generalmente se observan en las literaturas francesa y norteamericana desaparece tan pronto como se reconoce y reafirma la naturaleza jurídica del concepto de soberanía.[1] Partimos del principio de que la interdependencia social de los estados no suprime su independencia jurídica. En la realidad, y hasta nuestros días, el enlazamiento social internacional ha coincidido constantemente con la individualización del estado nacional. De ahí que en los últimos tiempos se haya sostenido, de manera expresa,[2] que el tratado de paz impuesto por el estado vencedor al estado vencido no desconoce ni niega la soberanía de éste, sino que, por lo contrario, es su mejor comprobación. La coacción de la guerra es de naturaleza extrajurídica. La supremacía militar del vencedor, cuando no produce la sumisión del vencido, no da nacimiento a una competencia de mando en el vencedor, ya que éste, al elegir el tratado como método para el restablecimiento de la paz, reconoce nuevamente al vencido como un no-suprimido y, por tanto, como un sujeto de derecho internacional realmente existente. No debe desconocerse la circunstancia de que el derecho internacional

[1] Consúltese lo que decimos en las pp. 225 y ss.

[2] Jahrreiss: *Problème der rechtlicheit Liquidation des Weltkrieges* (*Problemas de la liquidación jurídica de la guerra mundial*), pp. 53 y s. En la posición opuesta, Neubecker: *Zwang und Notstand* (*Coacción y estado de necesidad*), pp. 134 y ss., escritor que menciona una copiosa bibliografía. Consúltese, además, John Fischer Williams: *Obra citada*, pp. 32 y ss.

no toma en consideración la coacción que precede al tratado de paz. En la medida en que el derecho internacional no prohíbe la guerra en defensa propia, tampoco puede prohibir la amenaza de la coacción en contra de un estado.

Tampoco pierde la soberanía su carácter absoluto por la existencia de las varias obligaciones internacionales. Ni siquiera el otorgamiento de mayores atribuciones a los árbitros o a los jueces internacionales puede borrar la característica apuntada. Pillet, a quien debemos la mejor investigación en torno a este problema, hace notar acertadamente: *Le droit international n'existe et ne peut pas exister qu'entre nations distinctes, séparées, vivant de leur vie propre; il doit donc écrire au fronton de son édifice que les nations ont le droit de se conserver et de prendre librement les mesures qui tendent à cet objet.*[3] En consecuencia, esta pretensión absoluta a la propia conservación, apoyada por el derecho internacional, es el fundamento del carácter absoluto de la soberanía.

Si consideramos la existencia de vínculos necesarios entre la positividad del derecho y la soberanía del estado, a los que nos referimos en un capítulo anterior, la pretensión absoluta del estado a la propia conservación se nos presenta como una exigencia inevitable de un positivismo bien construido, pues la ordenación escalonada del derecho concluye, teóricamente, ahí donde se encuentra con la unidad territorial decisoria universal, positivizadora del derecho. Esta unidad, a la que provisionalmente queremos imaginar como la *civitas maxima,* tiene que ser concebida como una voluntad, no pudiendo construirse como si fuese un orden normativo, porque los hombres y su historia no pueden ser racionalizados en todos sus aspectos; siempre se darán situaciones ante las que fallan todos los cálculos del derecho positivo y delante de las cuales sólo puede decidir una voluntad *selon l'exigence des cas, des temps et des personnes,* sea con base, sea en contra del mismo derecho positivo, en los casos de necesidad. Los juristas tienen que reconocer la unidad decisoria universal como una voluntad y en manera alguna como una norma, pues sólo una unidad de acción viva puede impedir la creación de nuevas situaciones jurídicas por los destructores del derecho vigente. Precisamente porque el concepto de positividad del derecho

[3] Pillet: *Recherches sur les Droit Fondamentaux des États,* p. 5.

presupone una unidad de decisión y acción y porque estos dos últimos conceptos implican la existencia de una unidad de voluntad, la cual, y debido a la centralización moderna de la función legislativa, no es otra que el estado, resulta que la subsistencia del estado es una norma jurídica fundamental, suprema y absoluta. Esta norma jurídica fundamental es un presupuesto jurídico indispensable, tanto para las normas jurídicas estatales cuanto para las del derecho internacional, ya que unas y otras sólo pueden positivizarse mediante actos estatales de voluntad o por los de quienes han recibido una delegación del estado. Ahora bien, si el racionalismo jurídico, aun el más radical, tiene que convenir en que el derecho internacional, "sin la validez concomitante de los órdenes jurídicos estatales sería un fragmento carente de sentido",[4] toda persona que no parta de la identificación de estado y derecho tendrá que aceptar, si quiere hacer honor a su categoría de jurista, la existencia y la legitimidad de la presunción absoluta del estado a su propia conservación.

Puede afirmarse, sin temor a equivocación, que tanto la literatura jurídica internacional[5] como la práctica diaria, han dejado de discutir la cuestión planteada. Lo que la literatura discute es, en primer término, el carácter de la pretensión a la propia conservación, sus presupuestos y sus efectos. Mediante la utilización de un riquísimo material histórico, Strupp[6] ha demostrado, en forma indubitable, que la práctica jurídica internacional reconoce la pretensión de que nos venimos ocupando. En relación con este reconocimiento y desde un punto de vista teórico, carece de importancia el hecho de que en un caso determinado, un jefe de estado, con o sin justificación, se haya remitido a la cuestión de la existencia o no existencia del estado, pues lo que interesa es determinar si la pretensión absoluta a la propia conservación es o no reconocida. Partiendo de este supuesto, resulta altamente ins-

[4] Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), p. 248.

[5] Para una comprobación total podría citarse casi toda la literatura extranjera sobre el derecho internacional. Consúltense las exposiciones bibliográficas de Erich Kaufmann: *Das Wesen des Völkerrechts* (*La naturaleza del derecho internacional*), pp. 192 y ss., de Strupp: *Das völkerrechtliche Delikt* (*El delito internacional*), pp. 122 y s., de Cybichowski: *Studien zum internationalen Recht* (*Estudios de derecho internacional*), pp. 21 y ss., de Kirchenheim: *Obra citada*, tomo I, p. 440, de Hall-Higgins: *Obra citada*, p. 264 y de Pillet: *Recherches sur les Droits Fondamentaux des États.*

[6] *Obra citada.*

tractiva la declaración que hizo Lord Wellesley en la Cámara de los Lores durante la sesión del día 8 de febrero de 1808: *The great maximes of the law of nations were founded on the law of nature; and the law of security or selfpreservation was, among those, the most important and sacred.*[7] En el *Caso Zamora*, el Consejo Privado inglés aclaró, en el año de 1916, que hay *cases of necessity in which the right of self-defence supersedes and dispenses with the usual modes of procedure.*[8] Al lado de estas declaraciones, que proceden de instancias nacionales, se coloca la declaración emitida por Metternich el 9 de enero de 1847 en el *Caso Cracovia*: *La première loi de chaque état, est le droit de propre conservation et de protection envers leurs sujets.* Se trata, pues, de una norma fundamental, aceptada en principio por Inglaterra y Francia; el primero de los dos países se limitó a exigir una *adequate necessity* y Francia preguntó si no debiera tomarse en consideración la inexistencia *d'un autre moyen* para obtener el fin deseado.[9] En el *Caso Virginia*, en 1873, el ataque de España a los Estados Unidos de Norteamérica fue considerado una agresión, únicamente porque no estuvo precedido por una *imminent necessity of self-defence.*[10] En el *Caso Carolina*, con mayor claridad que en el anterior, las partes en conflicto aceptaron la legitimidad de la *necessity, which controls all other law*, esto es, admitieron la validez de la *great law of self-defence*, cuyo presupuesto fue reconocido como preexistente por el Secretario de Estado Webster, en su nota de 6 de agosto de 1842, para el caso de que "*the necessity of that self-defence is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation*".[11]

Si a esta breve ejemplificación agregamos el artículo 23, inciso "g", del *Ordenamiento sobre la guerra* de *La Haya*, en su versión de 1907, que prohíbe: *de détruire ou de saisir des propiétés enne-*

[7] *Cobbet's Parliamentary Debates*, tomo x, p. 283.

[8] Grant: *Prize Cases heard and decided in the Prize Court during the great war*, tomo II, p. 22.

[9] *M.N.R.G.X.*, pp. 111, 118 y 123.

[10] Moore; *Digest*, tomo II, p. 903.

[11] Moore: *Digest*, tomo II, pp. 409 y ss. Strupp: *Obra citada*, pp. 143, en nota y 158 y ss., expone una opinión que puede considerarse correcta respecto de la declaración de Bethmann-Hollwegs de 4 de agosto de 1914, emitida en relación con Bélgica, si bien se trata de una declaración de contenido confuso, aun desde el punto de vista jurídico.

mies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies serait impérieusement commandés par les necessités de la guerre, creemos que deberá tenerse por comprobada la afirmación que hicimos respecto de que la jurisprudencia del derecho internacional acepta con toda amplitud la pretensión absoluta del estado a su propia conservación.

El carácter absoluto de la pretensión es esencial si se desea una elaboración jurídica eficaz. También en este capítulo se esfuerza la ciencia contemporánea del derecho, si bien sin resultados, en una inútil relativización del concepto, a cuyo efecto postula una analogía entre la pretensión absoluta del estado a su propia conservación y el estado de legítima defensa o de emergencia reconocido por los derechos civil y penal. Pero mediante este procedimiento se pasa por alto la diferencia, cuya significación es fundamental para la elaboración de los conceptos del derecho estatal y del derecho internacional, que consiste, por una parte, en el carácter absoluto de la pretensión a la propia conservación del estado soberano y, por otra, en la relatividad del derecho a la propia conservación que corresponde a todos los restantes sujetos de derecho. ¿Cómo puede intentarse la determinación del sujeto de esta pretensión sin remitirse al concepto de soberanía y, precisamente, a una idea absoluta de ella? Es absolutamente claro que ningún sujeto de derecho o comunidad humana distinta del estado posee esta pretensión absoluta a la propia conservación. ¿Cuál es la condición del estado vasallo, de la relación auténtica de protectorado y, especialmente, del estado miembro de un estado federal? Aquellos tratadistas que pretenden determinar al sujeto de derecho internacional mediante su capacidad delictiva internacional, lo único que logran es desplazar la respuesta a un terreno distinto. Se elude también la respuesta si, a propósito del *estado de necesidad* de los estados miembros de una federación de estados o de los llamados estados semisoberanos, se afirma que la pregunta es de naturaleza estatal y no internacional.[12] La circunstancia de que la pretensión absoluta a la propia conservación no corresponda ni al estado vasallo ni al estado miembro de un sistema federal, deriva de la necesaria soberanía del estado supremo o federal. Hay casos en los cuales

[12] Strupp: *Obra citada*, p. 130. Consúltese lo que decimos en la p. 266, nota 16.

el estado supremo decide también sobre la existencia de los sujetos de derecho que viven dentro de él, sin que puedan dichos sujetos alegar un estado de defensa necesario. El estado soberano decide siempre, sin excepción alguna dentro de su territorio, sobre la conducta de todos los sujetos de derecho; sólo a él corresponde la pretensión absoluta a la propia conservación y únicamente él puede, en el llamado *caso de la soberanía*, afectar los intereses de otros sujetos de derecho internacional, aun los protegidos por el mismo derecho internacional.[13]

En razón de su carácter absoluto y de ser un presupuesto jurídico, rechazamos la analogía entre el derecho a la propia conservación del estado y el estado de defensa necesario de cualquier otro sujeto de derecho.[14] En esta pretensión del estado soberano encontramos el correlato de una norma jurídica fundamental suprema, la cual, por una parte, debe ser considerada como el presupuesto de todo derecho, esto es, como la norma fundamental, y, por otra, debe ser reputada como el derecho fundamental del estado. En los últimos tiempos se ha criticado duramente la doctrina antigua, que afirmaba la existencia de numerosos derechos fundamentales de los estados y, sin género alguno de duda, no puede mantenerse en los términos en que nos fue transmitida. La verdad es que los llamados derechos fundamentales: de igualdad, consideración, independencia, comercio, jurisdicción, etcétera, expresan, ya demasiado, ya bien poco; lo que hay en ellos de esencial e indispensable está implicado en el derecho fundamental a la propia conservación.[15] La conducta

[13] Hänel: *Deutsches Staatsrecht* (*Derecho público alemán*), tomo I, pp. 555 y Triepel: *Obra citada*, p. 379, han recalcado que cuando al estado federal le amenaza un peligro por la conducta de alguno de sus miembros contraria al derecho internacional, puede, aun cuando no exista una norma jurídica que lo autorice, obligar al estado miembro a seguir una conducta correcta.

[14] Recientemente Strupp, *obra citada*, pp. 144 y 148, ha tratado ampliamente el tema, pero pretende postular un *derecho de necesidad*, que en verdad no existe, porque no se le puede oponer un contraderecho.

[15] Consúltese la crítica de Heilborn: *System des Völkerrechts* (Sistema del derecho internacional), pp. 279 y ss., y de Jellinek: *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (*Sistema de los derechos públicos subjetivos*), pp. 316 y ss. Si el catálogo de los derechos fundamentales expresa únicamente que *el estado tiene el derecho de ser estado* y si se parte de un concepto claro y concreto del estado, resulta que el catálogo de derechos es suficientemente expresivo. También Pillet: *Obra citada*, p. 4, incluye el derecho a la propia conservación entre los que llama "*droits incontestables et d'une importance*

de la Iglesia Católica revela magníficamente la naturaleza absoluta de este derecho fundamental, pues la Santa Sede nunca se ha ajustado a las obligaciones derivadas de sus concordatos, tan pronto como entran en juego sus altos intereses.

Justamente porque el derecho del estado soberano a su propia conservación constituye el presupuesto indispensable para la validez del derecho, se tiene que concluir que es, asimismo, el límite inmanente de la validez de todo derecho. La teoría más generalizada sobre la cláusula *rebus sic stantibus* pretende, en forma por demás curiosa, aplicarla, de manera exclusiva, dentro del campo de los tratados internacionales, pero al hacerlo, le atribuye un radio de acción que, sin género alguno de duda, no le corresponde. Según Erich Kaufmann, los tratados internacionales obligan "a condición de que la situación del poder y de los intereses, existente al momento de la celebración del tratado, no se modifique en un grado tal, que algunos aspectos esenciales del tratado resulten incompatibles con el derecho de los estados contratantes a su propia conservación".[16] Así formulada, la proposición debe aceptarse incondicionalmente. Es un caso simple de aplicación del *derecho del estado a su propia conservación* a los tratados internacionales, y la verdad es que no expresa nada nuevo o distinto de lo que dice aquel derecho estatal.

Claro está que el derecho absoluto del estado a la propia conservación no significa que el estado se imponga, de manera absoluta, en cada caso particular. Semejante concepto de la soberanía, que ni Bodino, ni ningún otro tratadista, ha defendido jamás, excluiría la posibilidad de la existencia del derecho inter-

capitale" y justamente porque reconoce su carácter normativo objetivo puede identificar ese derecho con el que denomina "*droit au respect mutuel de leur souveraineté*". En el mismo sentido de nuestra exposición, Kaufmann: *Obra citada*, p. 196 y Kirchenheim: *Obra citada*, p. 938.

[16] Kaufmann: *Obra citada*, p. 204. Anzilotti: *Corso di Diritto Internazionale*, p. 256, extiende la cláusula a la totalidad del derecho internacional. Lammasch: *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* (*Revista Austriaca de Derecho Público*), tomo II, p. 25, tampoco puede negar la validez de la cláusula, pero admite que la fórmula, *para toda la eternidad*, usual en los casos de cesión de territorio, es, en realidad, una cláusula de estilo, pues, por una parte, la reconquista está internacionalmente permitida; por otra, existen los mismos *casos de necesidad*, que permiten el desconocimiento de las obligaciones contractuales; en este caso, en que el derecho a la propia conservación se concede aún en contra de la obligación de respetar los tratados, se notan, infortunadamente, las intenciones que ya apuntaban en Austria en 1915.

nacional. Pillet dice, acertadamente, que el derecho del estado a la propia conservación encierra un elemento objetivo, que permite, mediante la determinación precisa de su objeto, que no es sino la seguridad de la existencia del estado, fijar sus límites y, en su caso, el uso indebido que se haga de él.[17] A lo anterior conviene sin embargo agregar que deberá tenerse especial cuidado, a fin de no establecer límites demasiado estrechos. Una concepción política, cuyo valor es altamente discutible, sostiene que en contraste con la condición de necesidad del individuo humano, los peligros que amenazan al estado:

> son menos apremiantes que los que afectan al hombre y normalmente otorgan un lapso mayor para su defensa y salvación, por lo que el estado, a quien podría compararse en función de su volumen con un gigante extraordinariamente fuerte, no perece tan rápida o fácilmente como la persona humana;

de esta formulación, los partidarios de la teoría que comentamos deducen que el campo de aplicación del caso de necesidad es más reducido en el derecho internacional, "al grado de faltar casi totalmente".[18] No es posible determinar con precisión absoluta en qué momento un ataque al territorio o a la integridad personal del estado o a su honor, afecta sus intereses vitales. La chispa más pequeña es en ocasiones suficiente para producir un incendio de proporciones colosales. Justamente porque estos actos y situaciones no consienten una normación individualizada, es por lo que nos encontramos ante una norma jurídica fundamental y no, según piensan algunos, delante de una norma jurídica concreta del derecho a la propia conservación. Sólo considerando la situación política total del estado particular puede contestarse la pregunta acerca de si se está o no en presencia del llamado *caso de la soberanía* y si, consiguientemente, es llegado el momento de suprimir todos los límites jurídicos; esto es, sólo considerando la situación política total es posible decidir si el peligro que amenaza al estado es actual, así como determinar la manera como puede ser evitado, y si, en consecuencia, la existencia del estado se encuentra en verdad amenazada gravemente.[19] Aun en

[17] *Obra citada*, p. 15.

[18] Cybichowski: *Obra citada*, pp. 31 y 70.

[19] Consúltese lo que dice Strupp: *Obra citada*, pp. 160 y ss., y los autores que ahí se citan.

la hipótesis de un peligro superado, la determinación de los supuestos de un *caso de la soberanía* se mueve, según las ideas más generalizadas en la doctrina, dentro de fronteras amplias, si bien objetivas, en la inteligencia de que su transgresión constituirá una ruptura evidente del derecho.[20] Pero precisamente porque el estado soberano puede crear nuevo derecho internacional mediante la ruptura del existente, la decisión sobre la existencia del *caso de la soberanía* tiene que corresponderle. Esta postestad decisoria es el correlato de la amenaza constante de la debelación, quiere decir, es la expresión de la necesidad internacional de la defensa propia, que sólo puede suprimirse mediante la creación de una *civitas maxima* universal.[21]

Uno de los más graves errores cometidos por una cierta doctrina internacionalista consiste en la afirmación de que la *cláusula de la propia conservación es derecho internacional dispositivo,*[22] de donde derivaría la afirmación de que puede excluirse en los tratados. Tal vez pueda pensar alguien en la posibilidad de una norma jurídica que obligue a los hombres a suicidarse, pero una norma de esa naturaleza es inimaginable tratándose del estado. Una norma contractual que obligue a un estado al suicidio presupone la posibilidad de otra norma también contractual para la fundación de un estado. No es necesario, ni siquiera útil, formular consideraciones extensas en torno a la pregunta, que naturalmente contestamos en forma negativa, de si un estado puede nacer mediante un tratado. Tampoco juzgamos necesario discurrir sobre si un tratado, que no persigue como objetivo inmediato la unión de dos o más estados en uno nuevo, sino que pretende conservar la personalidad jurídica internacional de cada uno de los estados contratantes, puede excluir la cláusula de la propia conservación como *ius necessarium.*

Ni siquiera un tratado, cuyo contenido sea la aceptación de un juicio arbitral incondicionado para todas las diferencias que surjan entre los estados, puede contener la renuncia del derecho a *un mínimo de defensa propia.* El *Mensaje* del Consejo Federal

[20] Kaufmann: *Obra citada,* p. 231, no es suficientemente claro en este problema.

[21] Consúltese, también, la exposición de Jellinek: *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (*Sistema de los derechos públicos subjetivos*), p. 323.

[22] Radnitzky: *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* (*Revista Austriaca de Derecho Público*), tomo I, pp. 656 y ss. Strupp: *Obra citada,* p. 131.

Suizo relativo al Tratado de 20 de septiembre de 1924, celebrado con Italia para la solución de todas las controversias que ocurrieran entre los dos estados por medio de tribunales mixtos, recalcó, con justo orgullo, que por primera vez en la historia se había establecido contractualmente en un tratado la norma fundamental de la obligatoriedad de la solución judicial, general e incondicionada, de todas las controversias. El *Mensaje* expresaba, entre otras cosas, que al tratado faltaba:

la cuidadosa y frecuentemente injustificada *cláusula de reserva*, misma que hasta entonces y en armonía con la casi divinizada ciencia del derecho, se acostumbraba incluir en todos los tratados celebrados para la solución judicial de las controversias internacionales, con cuya exclusión se demostraba tácitamente que la aplicación del derecho y de la equidad a las relaciones interestatales, sin excepción alguna, de ninguna manera lesionaba la soberanía de los estados, sino que, por lo contrario, era su más firme defensa. [23]

Dentro de estas palabras está comprendido *nolens volens* (quiérase que no) el *caso de la soberanía*. Con la celebración del tratado, carente de toda reserva, Suiza puso de relieve su confianza en que las sentencias de derecho o de equidad que se dictaran en aplicación del tratado, en manera alguna lesionarían su soberanía, sino que, por lo contrario, constituirían su más firme defensa. Pero no sólo en la ocasión contemplada, sino que también del *Mensaje* del propio *Consejo Federal Suizo* que acompañó el diverso tratado celebrado con Brasil el 23 de junio de 1924 con el propósito idéntico de resolver pacíficamente las controversias, se desprende la misma convicción: en dicho *Mensaje* se hace notar, justificadamente, que la solución pacífica obligatoria de las controversias no es un arma:

que pueda usarse *a priori* y según la voluntad de uno de los estados en contra del otro. Desde el punto de vista de la justicia internacional, entendida en su más noble y estricto sentido, no es posible unir la idea de una sentencia judicial o arbitral con la de ganancia o pérdida. Como manifestación de una función jurisdiccional interestatal, según su nombre mismo lo indica, una sentencia no puede *querer* un injusto y puesto que se dicta siempre con fundamento en determinadas consideraciones de derecho o de equidad, no se comprende que pudiera poner en tela de juicio la soberanía o la existencia de un estado, sin violar las normas fundamentales

[23] *Bundesblatt* (*Hoja Federal*), 1924, cuaderno III, pp. 667 y s.

del derecho internacional, mismas que está obligada a acatar. En consecuencia, el problema se reduce a una cuestión de confianza.[24]

Con estas declaraciones, ante todo, se ratifica la existencia de la norma jurídica fundamental del derecho internacional, a saber, el principio de la propia conservación, intocable para toda instancia judicial o arbitral, y, en segundo lugar, y según dice expresamente el *Mensaje*, se abriga la esperanza:

> de que la inseguridad que deriva de la aplicación que hagan los jueces o árbitros de un derecho que necesariamente adolece de lagunas y de sentencias que no están exentas de error cuando falta una norma jurídica concreta, no conduzca a una lesión de la soberanía de los estados.[25]

El *Tratado suizo-italiano* es el intento más importante que conoce la historia para la solución pacífica de las controversias, pero implica, al mismo tiempo, el respeto integral para el *caso de la soberanía.*

El llamado *Protocolo de Ginebra*, presentado a la Asamblea de la Sociedad de las Naciones el primero de octubre de 1924, quedó reducido a un intento de disminución de los armamentos.[26] Ello no obstante y en función de su significado para la doctrina del estado y para el dogma de la soberanía, merece una monografía histórico-filosófica. Fue preparado por los conocidos internacionalistas Politis y Benes y tenía como finalidad completar el derecho preventivo de la guerra contenido en el artículo 15, fracción VIII, del Pacto de la Sociedad de las Naciones; de manera especial, debía conducir a una reducción de los armamentos. El Protocolo fracasó, no porque, según se cree generalmente, el desarrollo del derecho internacional no pueda acelerarse, sino por sus propias contradicciones internas; para expresarlo en una sola frase: el Protocolo pretendía elevar la Sociedad de las Naciones a una unidad decisoria semi-universal o semi-soberana.

Conviene decir, en honor a la verdad, que las contradicciones internas del Protocolo son la consecuencia manifiesta y clara de las antinomias, que si bien no corresponden a la esencia de la idea, sí pertenecen a la estructura concreta de la Sociedad de

[24] *Bundesblatt* (*Hoja Federal*), 1924, cuaderno III, pp. 653 y s.
[25] Consúltense la opinión y el juicio de W. Simons: *Mitteilungen der deutschen Gesselschaft für Völkerrecht* (*Comunicaciones de la Sociedad Alemana de Derecho Internacional*), 1925, p. 25.
[26] Reproducido por Liszt-Fleischmann: *Obra citada*, pp. 691 y ss.

las Naciones. El Tratado de Versalles, y en medida inconmensurablemente mayor el Protocolo, concibieron el derecho internacional como un orden jurídico universal, cuyas instituciones, que según el Protocolo están constituidas por *el tribunal internacional*, facilitan a cualquiera de las partes en conflicto obtener una decisión, aun en el *caso de la soberanía*, en la inteligencia de que, de conformidad con el Protocolo, podía dictarse la resolución aun en contra de la voluntad de los dos estados en conflicto. Esta facultad invasora de la soberanía de los estados habría correspondido, caso de que se hubiese aceptado el Protocolo, a una especie de Consejo semi-soberano de la Sociedad de las Naciones. La decisión unitaria del Consejo tendría toda la fuerza de una sentencia, cuya violación daría lugar a la aplicación de las graves sanciones señaladas en el artículo décimo del Protocolo. Con fundamento en este mismo documento y partiendo de este ficticio orden universal, correspondía al Consejo decidir, en todos los casos, si un estado era culpable del *delito internacional de una guerra de agresión*; el *ius belli* de los firmantes del Pacto de la Sociedad de las Naciones pasaba íntegramente al organismo internacional, en tanto los estados signatarios del Protocolo conservaban únicamente el derecho y el deber de la legítima defensa. Mediante este sistema, se quitaba a los estados miembros de la Sociedad de las Naciones, de manera radical, la facultad de decidir sobre el *caso de la soberanía*.

Del artículo cuarto, fracción cuarta del Protocolo, se desprende, con absoluta claridad, que la mayoría del Consejo de la Sociedad de las Naciones quedaba investido de aquel derecho, pues el tribunal sentenciador, cuya formación, facultades y procedimientos debían determinarse por la mayoría del Consejo, necesariamente era y no podía dejar de ser, un instrumento político de la mayoría. Sin embargo, nuestro reproche a las contradiciones internas del Protocolo no coinciden con el que formula la mayor parte de sus contradictores: sostienen éstos que la forma propuesta para la solución de las controversias no es un procedimiento jurídico, sino más bien político. Pero sobre este particular conviene hacer notar, ante todo, que también en el orden jurídico estatal los casos no sujetos a los tribunales y los que no están regulados por una norma jurídica, tienen que referirse, en escala mayor o menor, a una decisión política. La insostenibilidad del Protocolo radica más bien en su hibridez,

la que deriva de la circunstancia de que el documento en cuestión es una especie de transacción entre el ficcionalismo jurídico y las realidades político-jurídicas. El Protocolo se complace con la idea de un poder estatal que tendría por misión realizar *un ordre naturel*; pero delante de esta postura, resultaba fuera de toda duda que el vituperado dogma de la soberanía tenía que hacer acto de presencia con sus exigencias teóricas y prácticas inaplazables. Politis se dio cuenta de que las normas jurídicas fundamentales comunes a los estados signatarios del Protocolo no eran suficientes para constituir una unidad decisoria universal, capaz, entre otras funciones, de crear el derecho positivo y sin embargo, y en ocasión del Protocolo, sostuvo:

> Il y a aura des causes de guerre, parce que certains conflits ne pervent pas encore être reglés par l'application des règles de droit Ce n'est que lorsque le droit sera enrichi lorsqu'il aura des règles pour toutes les situations; lorsque sera sur que tous les différends pourront être reglés, non seulement d'une manière pacifique, mais aussi d'une manière juridique, qu'on aura la véritable sauvegarde préventive contre la guerre.[27]

Este idealismo jurídico afirma la posibilidad de la solución de los conflictos interestatales *d'une manière pacifique*, no obstante no existir *une manière juridique*, en virtud de que eleva el *brutum factum* de las relaciones actuales de poder a la categoría *d'un ordre naturel*. De la misma manera procede el Protocolo de Ginebra cuando excluye de la jurisdicción del tribunal que crea, tanto la revisión de los tratados internacionales vigentes, como la condición que guardan las fronteras territoriales de los estados. El racionalismo jurídico que sirve de base al Protocolo confunde lamentablemente los conceptos de norma jurídica fundamental y de norma jurídica y como consecuencia de esa confusión tampoco distingue los términos legalidad y legitimidad. La circunstancia de que el Protocolo, no obstante reconocer su incapacidad para distinguir desde el punto de vista jurídico y substancial entre guerra de agresión y guerra de defensa, concluya en la legalización absoluta de los resultados de la Primera Guerra Mundial y en el encadenamiento indefinido de la vida

[27] *Actes de la cinquième Assamblée. Seances plénieres*, p. 200. Consúltese lo que dice Politis: *Le Problème des Limitations à la Souveraineté Nationale*, p. 41: "*Faute de pouvoir formuler et appliquer un critérium de la legitimité de la guerre.*"

futura, sin importarle la violación flagrante de las normas jurídicas fundamentales, es un asunto que no percibieron los autores del Protocolo.

Kelsen enseña que "para la esencia del orden jurídico es indiferente que el mismo sea o no modificable".[28] De conformidad con esta tesis, el sentido del Protocolo de Ginebra sería el *status quo*, elevado a la categoría de un ideal jurídico; la mayoría del Consejo, a su vez, sería el ejecutor semi-soberano de ese ideal,[29] que por serlo, es elevado, según ya indicamos, a la categoría *d'un ordre naturel*. Ahora bien, las contradicciones internas del Protocolo derivan del hecho de la división de la soberanía entre la Sociedad de las Naciones y los estados miembros. Es desde luego evidente que no puede atribuirse a todos los estados la intención de haber constituido en el Pacto creador de la Sociedad de las Naciones una instancia universal capaz de crear el derecho. La *potestas jubendae ac tollendae leges* no podía atribuirse universalmente a la Sociedad de las Naciones, precisamente porque no existía el número suficiente de normas jurídicas fundamentales que la apoyara. Por otra parte, para que una acción militar pueda considerarse desde un punto de vista jurídico como ejecución y no como una guerra voluntaria, es indispensable que sea el resultado de una decisión, cuyos fundamentos, a su vez, sean, si no normas jurídicas, sí, por lo menos, normas jurídicas fundamentales generalmente reconocidas. Pero si estas normas jurídicas fundamentales no eran suficientes para apoyar la creación de una instancia soberana universal creadora de derecho, tampoco podrían justificar la erección de una instancia decisoria sobre la guerra y la paz, cuestiones éstas que son las más graves que pueden presentarse en la vida internacional. Esta semi-soberanía es precisamente lo que determina la hibridez del Protocolo

[28] *Souveränität* (*La soberanía*), p. 258.

[29] Hablo aquí como jurista teórico y no como alemán afectado por el Tratado de Versalles. Se puede llegar a un entendimiento y admitir que los franceses, polacos y checos reconozcan el *status quo* actual, desde un punto de vista político-nacional, como un ideal jurídico internacional permanente. De la misma manera que no puedo suponer que la clase trabajadora reconozca la seguridad burguesa, en su forma actual y por sólo el principio de seguridad, como un ideal obligatorio, tampoco puedo aceptar las categorías de la guerra legítima y de la guerra de agresión con el solo fundamento del *status quo* del presente. Consúltese lo que dice R. M. Brown: *The Genova Protocol*, en el *American Journal*, tomo XIX, pp. 338 y s.

de Ginebra desde el punto de vista técnico-jurídico.[30] La posibilidad de la coacción irrestricta, sin que esté apoyada en normas jurídicas fundamentales o, por lo menos, en normas jurídicas, conduciría fatalmente "a la destrucción de la Sociedad de las Naciones o a un super-estado imperialista".[31]

Hemos presentado en los párrafos anteriores diversos ejemplos a fin de fundamentar nuestra teoría; creemos que son suficientes. Una explicación más detallada de las relaciones entre la Sociedad de las Naciones y la soberanía de los estados desborda los propósitos de este libro; por otra parte, la evolución futura habrá de proporcionar la respuesta a la importante cuestión.

Creemos, no obstante, que es indispensable responder a la pregunta relativa a la medida en que la Sociedad de las Naciones puede significar una limitación al derecho a la existencia de los estados; para ello nos valdremos de un ejemplo más: para afirmarse universalmente, la Sociedad de las Naciones tendría que ofrecer una garantía suficiente de que ningún acto estatal contrario al derecho internacional se transformaría en nuevo derecho. Toda persona que se formule esta pregunta y, a la vez, desee la subsistencia de la Sociedad de las Naciones, tendrá que convenir en que una institución tan joven, creada en condiciones tan difíciles, no debe someterse a pruebas de tanta gravedad. Por otra parte, la visión psicológico-política idealizada de la Sociedad de las Naciones no debe impedir a los juristas la comprobación de que la vida actual de ese organismo no excluye, ni siquiera entre sus propios miembros, la posibilidad de la creación de nuevo derecho mediante la ruptura del existente. Cuando en el año de 1920 presentó Lituania una moción con motivo de la invasión de la Provincia de Wilma por tropas polacas mandadas por el general polaco Zeligowski, en la que pedía la aplicación del ar-

[30] La elasticidad de pensamiento de Politis procuró dominar todas estas contradicciones. En 1923 y en relación a lo *obligatorium*, sostuvo en *La Justice Internationale*, p. 168: *La notion de l'obligation repose sur la confiance réciproque. Si cette confiance n'existe pas à l'égard de tous, l'obligation n'est pas recommandable, car, stipulée sans conviction, elle risque de rester, dans la pratique, lettre morte, ce qui es pire que le refus d'admettre.* En 1924 proyectó y defendió el Protocolo de Ginebra y en 1925, a propósito del gobierno inglés que lo hizo fracasar, expresó que era útil: *savoir gré de leur franchise, car elle a permis de prendre pleinement conscience des réalités, en dehors desquelles l'effort pacifique n'est pas seulement chimérique, il est proprement dangereux. Revue* Visscher, tomo citado, p. 713.

[31] Simons: *Obra citada*, p. 29.

tículo diesiséis del Pacto de la Sociedad de las Naciones en contra de Polonia, el Consejo rechazó la petición. Polonia, que en un principio declinó toda responsabilidad por los actos de Zeligowski, se alegra actualmente de su soberanía sobre la Provincia de Wilna.[32]

En tanto la pretensión absoluta de los estados a la propia conservación se encuentra únicamente asegurada por el derecho internacional y en la medida en que no exista un estado mundial como unidad territorial universal de decisión y acción que sustituya al derecho internacional e impida que la historia universal se erija en un jurado asimismo universal, cuya función consista en otorgar su aprobación al estado delincuente internacional que logre imponer su voluntad, la soberanía de cada estado particular debe ser, en el *caso de la soberanía*, ante el derecho positivo y la Sociedad de las Naciones, *legibus soluta potestas*.

A la naturaleza del derecho corresponde que pueda hacerse un mal uso de él; en esta posibilidad radica la diferencia entre validez lógica y validez jurídica. Por la misma razón se distinguen *l'ordre naturel*, independiente de nuestra voluntad y el derecho positivo y, unido a éste, todas las normas que se dirigen a nuestra voluntad. Por tanto, si se conviene en que el estado sólo puede cumplir su misión fundamental de mantenimiento del orden mediante la universalidad de su poder decisorio y si, además, se acepta que la existencia de esta unidad decisoria universal sólo es posible si puede afirmarse aun en contra del derecho, resulta que la objeción formulada por numerosos juristas en contra del dogma de la soberanía, en el sentido de que tal como la concebimos se facilita su uso indebido, no es, en todo caso, una objeción de naturaleza jurídica. Por otra parte, si consideramos que el derecho positivo sólo puede ser expedido e impuesto por la voluntad humana, *la doctrina de la soberanía del derecho* no es sino una aspiración imposible y, además, incorrectamente construida; ni siquiera en la *civitas maxima* sería realizable. Ciertamente, la existencia de numerosas unidades de voluntad soberanas, considerado el problema desde un punto de vista teórico, ofrece mayores probabilidades cuantitativas de actos arbitrarios de los que resultarían de la existencia de una sola unidad de voluntad o de una *civitas maxima*. Haciendo a un

[32] *J. O. Suppl.*, núm. 4, pp. 135 y ss. Consúltese lo que dicen Schüking-Wehberg: *Obra citada*, pp. 472 y s.

lado el hecho de que el acto arbitrario de un estado mundial sería de consecuencias jurídicas proporcionalmente más graves que el cometido por un estado particular, tampoco es posible hablar de la soberanía del derecho en un estado mundial. Todo intento para excluir en forma absoluta la arbitrariedad, conduce necesariamente a la exclusión de la voluntad y significa, dada la condición actual de la humanidad, que no conoce un orden jurídico universal, la perpetuación del *status quo* de la época que vivimos, elevado a la categoría de un *ordre naturel*. Si ha de encontrarse una forma jurídica "en la que se realicen las transformaciones que deriven de la evolución de los pueblos" y si este ideal ha de armonizarse con la transformación "que se ha operado en el concepto de la soberanía del derecho romano (?), cambio que consiste en la formación de un sistema contemporáneo de estados coordinados y de un comercio universal sumamente desarrollado",[33] resulta que, de todas maneras, el concepto jurídico de la soberanía habría cedido ante una forma no-jurídica del pensamiento, pues, si bien es cierto que el comercio universal ha desarrollado en forma colosal la interdependencia económica y social de los estados, es igualmente cierto que no ha suprimido la independencia jurídico-política de los propios estados y, en consecuencia, tampoco ha transformado la esencia del concepto de soberanía. Y aun en el supuesto de que se suprimiera este nuevo sistema de estados coordinados y pudiera llegarse por ese camino a la creación de un estado mundial, aun así, nada habría variado en la esencia de la relación entre voluntad y norma, soberanía y positividad.

[33] Lammasch: *Obra citada*, pp. 25 y 34.

CAPÍTULO DÉCIMO

VALORACIÓN ÉTICO-POLÍTICA DE LA SOBERANÍA

TODA TEORÍA O ELABORACIÓN JURÍDICA DE LOS FENÓMENOS ESTADO y derecho tiene que contener, indefectiblemente, una valoración política; ante todo, porque cada teoría o elaboración jurídica de aquellos fenómenos debe referirse efectivamente a la unidad decisoria territorial. Todo intento para disolver esta relación conduce a un espejismo y desemboca en una teoría del estado y del derecho sin estado y sin derecho.

Por otra parte, toda teoría o elaboración jurídica está necesariamente limitada por las contradicciones políticas y, en consecuencia, sólo puede alcanzar una valoración relativa, nunca absoluta. El jurista únicamente puede llegar a la objetividad auténtica, en la medida en que adquiera conciencia de sus propias valoraciones, pero nunca alcanzará la objetividad por su creencia o por la pretensión de hacer creer a los demás que sus investigaciones carecen de toda excepción. [1]

La doctrina de la *pureza jurídica,* imperante en Alemania desde los tiempos de Gerber y Laband, no es, en el mejor de los supuestos, sino una grandiosa ilusión. El análisis de sus aparentes exigencias lógico-jurídicas y, en particular, la irrealidad de su estado, ha puesto de relieve que no es otra cosa más que una valoración política relativa del liberalismo. Su último vástago, la *Teoría pura del derecho,* es, en esencia, una absolutización metódica del liberalismo, cuyo postulado fundamental: *libertad frente al estado,* es la máscara de la oposición liberal al dogma de la soberanía estatal.

Un liberalismo lógicamente inalterable desemboca fatalmente en el anarquismo. Por consiguiente, desde el punto de vista del liberalismo y del anarco-sindicalismo, la negación radical de la soberanía del estado es plenamente consecuente. En cambio, desde el punto de vista del pensamiento socialista, dicha negación resulta contradictoria: la necesidad táctica de la agitación socialista en contra de la idea de la soberanía del estado nacional y clasista es políticamente comprensible; asimismo, la fraseología usada por el socialismo desde el siglo XIX sobre la muerte y ador-

[1] Consúltese lo que dice Triepel: *Staatsrecht und Politik* (*Derecho público y política*).

mecimiento del estado, se explica históricamente por la lucha que sostuvieron Marx y Engels en contra del anarquismo.[2] Pero sólo un socialismo cuyo pensamiento político siga la estela del liberalismo puede desconocer que un movimiento que tiene como punto central de su programa *el imperio de la voluntad popular, organizada en el estado, libre delante de la economía,* tiene que aspirar a un extraordinario aumento del dogma de la soberanía. En la medida en que el sindicalismo socialista no se conforma con ser una profecía quimérica, sino que aspira a ser una profecía política, tiene que considerar que su misión consiste en la sustitución de la unidad territorial decisoria soberana por la organización de los sindicatos. La lucha del sindicalismo en contra de la soberanía del estado es, o una incomprensión, o una táctica demagógica.

La confusión entre demo-liberalismo y democracia constituye una fuente plena de contradicciones internas en la valoración de la soberanía. De manera particular, las doctrinas inglesa y norteamericana, que no hacen la distinción entre soberanía del estado y soberanía del órgano, caen en una contradicción necesaria entre los conceptos de democracia y soberanía. Se explica así fácilmente que la idea alemana de la soberanía del estado aparezca a aquellas doctrinas como la expresión de un absolutismo monárquico; un ejemplo claro de la confusión en que viven aquellas doctrinas, se deduce de la falsa afirmación siguiente escrita por Bishop: *The limitations of sovereign power in any one state characterise the conditions of its political development. The greater the limitations, the more democratic the government.*[3]

Si la lucha emprendida por el liberalismo en contra del dogma de la soberanía es la expresión de aquella utopía inmanente que pretende realizar la idea como tal, quiere decir, que pretende realizar la idea del derecho sin la intervención de ninguna voluntad, la teoría del nacionalismo estatal se caracteriza por su intento de elevar la realidad del estado nacional y de su soberanía a la categoría de una idea. Este proceso hegeliano desemboca, especialmente cuando afirma la existencia de una armonía preesta-

[2] Consúltese lo que digo en mis libros: *Sozialismus und Nation* (Socialismo y nación), p. 62, y *Politische Ideenkreise der Gegenwart* (*Ideas políticas contemporáneas*), pp. 123 y ss.

[3] Sovereignty, en el *British Yearbook of International Law,* 1921, 1922, p. 123.

blecida entre la aspiración de los poderes sociales y los anhelos de las fuerzas morales, en un individualismo cultural,[4] postura que otorga un sentido absoluto a la soberanía del estado nacional, al que concibe como la idea última del mundo del espíritu. Puesto que semejante historicismo pretende hacer creer a la voluntad política que no tiene otra cosa que hacer —tal parece ser la idea del profesor Kaufmann— que realizar la historia que vivimos actualmente, lo cierto es que de la naturaleza de los estados nacionales contemporáneos de Europa, que alguna vez habrán de chocar, se puede desprender la conclusión siguiente: "No sólo el estado universal, sino también el estado europeo único es una utopía en la que no se puede pensar seriamente y que tampoco se debe ambicionar, si no se quiere traicionar el espíritu de la cultura occidental."[5] Delante de este panorama de la historia, la vieja aspiración papal al dominio del Mundo Occidental es sólo una aspiración patológica, pero el estado mundial resulta asimismo una imposibilidad, toda vez que, al faltarle un campo externo en qué desarrollar su fuerza, "le faltaría el principio vital necesario".[6]

Lo que sí necesitamos preguntarnos es si el individualismo cultural de las actuales naciones de Europa está amenazado en su existencia por su individualismo político y si, en consecuencia, no sería indispensable, para su salvación, organizar un estado federal europeo soberano.

El jurista y el político que viven la realidad no deben dejarse engañar por la agitación política que necesariamente se suscitará por el solo anuncio de que se privará a los estados nacionales contemporáneos de su soberanía, ya que, en efecto, la realización del ideal de la unidad europea tiene que partir del encuadramiento de todas las unidades nacionales en un estado soberano que las abarque a todas. La ciencia del derecho de nuestros días se ha dejado en verdad engañar y de ahí que hable de la transformación de la idea de la soberanía o de una disolución del dogma; el engaño se explica porque nuestra ciencia del derecho ha permanecido anclada en la tradición del derecho natural del iluminismo, doctrina que, según es suficientemente sabido, con-

[4] Kaufmann: *Obra citada*, pp. 135 y 153.
[5] Freyer: *Der Staat* (*El estado*), pp. 212 y s.
[6] Kaufmann: *Obra citada*, p. 136.

vierte la ética en derecho y transforma a éste en moral, queremos decir, nuestra ciencia jurídica ha regresado a la manera de pensar de los teóricos del derecho natural del iluminismo. Pero esta conclusión desnaturaliza las dos esferas, a saber: el campo del derecho y el mundo de la ética. Una vez más nos vemos obligados a expresar que el desconocimiento de lo que hay de específico en las leyes jurídicas y de su relativa independencia, ha conducido a la incomprensión del problema de la soberanía. No constituye un azar que Christian Wolff, el padre de la idea de la *civitas maxima* como la culminación del derecho internacional, afirmara:

> Cada pueblo debería tener una inclinación particular por el otro y amarlo como a él mismo, aun cuando se trate al mismo tiempo de un pueblo posiblemente enemigo.[7]

Todo aquel que contemple serenamente los mandamientos cristianos y no adopte posturas sentimentales, adquirirá el convencimiento de que sus principios nos colocan siempre ante la necesidad de una decisión, pero sabrá, al mismo tiempo, que nuestra decisión, así fuésemos hombres verdaderamente santos, no satisfará plenamente los mandamientos, más aun, que siempre implicará una violación mayor o menor de ellos. Los mandamientos éticos valen independientemente de su cumplimiento, que puede no efectuarse jamás. Por lo contrario, la validez de los mandamientos jurídicos sólo es posible por su observancia regular; el derecho exige siempre un mínimo de seguridad jurídica. En cambio, la seguridad ética no conoce ninguna seguridad terrestre, o expresado con otras palabras, está sujeta a la más profunda y conmovedora inseguridad. En el campo de la moral sólo puede existir seguridad en aquella persona que crea que antes de que adopte una decisión sobre su conducta, la divinidad decidió ya benévolamente, esto es, únicamente puede haber seguridad en la gracia de dios. Fácilmente se nota que esta seguridad sólo existe en los espíritus profundamente religiosos.

Inversamente, la seguridad jurídica es siempre terrestre y previsible; es la seguridad que deriva de una unidad normativa intersubjetiva de voluntades. Si ha de existir una vida común

[7] *Grundsätz des Natur— und Völkerrechts* (*Principios fundamentales del derecho internacional y del natural*), 1754, tomo IV, p. 810. Consúltese lo que dice Kelsen: *Souveränität* (*La soberanía*), pp. 250 y ss.

ordenada a nuestra conservación física y metafísica, nuestros actos sociales de voluntad, indispensables para la existencia y realización de la cooperación social en un territorio delimitado, deben estar determinados por una voluntad social autoritaria, antes de que podamos decidir las cuestiones individuales que se relacionan con nuestra conducta social. Sin duda, el estado no es la autoridad suprema para todos los asuntos, pero sí es la autoridad jurídica suprema, quiere decir, es soberano, lo que, a su vez, significa que es una unidad territorial universal de decisión y acción potencial.

El derecho natural de nuestra época es el producto de la secularización de la teología. El *ordre naturel* que postula debería quitarnos la responsabilidad de la decisión y, al mismo tiempo, la conciencia de la culpa. De él puede decirse que intentó ser el subrogato de la gracia cristiana; de ahí que aparezca como el principio adecuado para darnos, con una cierta certeza matemática, por lo menos, la seguridad de la organización social. Durante los siglos en que este *ordre naturel* se llenó con la substancia de la herencia cristiana, las creencias religiosas fueron suficientes para que se le considerase como un derecho natural integrado por postulados jurídicos generalmente aceptados. A los hombres de nuestros días falta esa seguridad jurídica fundamental, que fue la base de la seguridad burguesa de nuestros antepasados. Desde el punto de vista de la organización social, estamos colocados nuevamente ante la urgencia de decidir. La decisión es además inevitable en la hora presente; y si ha de consistir en una unión normativa intersubjetiva de voluntades, esto es, si ha de manifestarse como derecho positivo, tiene que ser la decisión de estados soberanos. En nuestro medio siglo, ningún *ordre naturel* puede quitarnos el *esto-o-aquello* de la decisión. En consecuencia y en tanto el estado se construya por actos de voluntad humana, los hombres romperán, en el momento más inesperado, cualquier pretendida norma jurídica soberana, ya sea que al hacerlo rompan también una norma jurídica fundamental o, por lo contrario, la conduzcan al triunfo.

ÍNDICE

Este libro se terminó de imprimir y encuadernar en el mes de octubre de 1995 en Impresora y Encuadernadora Progreso, S. A. de C. V. (IEPSA), Calz. de San Lorenzo, 244; 09830 México, D. F. Se tiraron **2 000** ejemplares.